

JANAÍNA TAINÁ MENDES DA SILVA

**A COEXISTÊNCIA ENTRE AS PATERNIDADES BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA:
UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO**

Brasília
2018

JANAÍNA TAINÁ MENDES DA SILVA

**A COEXISTÊNCIA ENTRE AS PATERNIDADES BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA:
UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro.

Brasília

2018

JANAÍNA TAINÁ MENDES DA SILVA

**A COEXISTÊNCIA ENTRE AS PATERNIDADES BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA:
UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro.

Brasília, _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

Prof. Orientador: Júlio César Lérias Ribeiro

Prof. Examinador: Danilo Porfírio de Castro Vieira

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por sempre derramar Sua graça e bondade sobre a minha vida e realizar meus sonhos. Agradeço à minha família, por sempre me apoiar e confiar em mim. Agradeço ao professor Júlio Lérias, por ter acreditado nesse trabalho e me ajudado tanto.

“O filho por natureza, se ama porque é filho. O filho por adoção é filho porque se ama.”

Padre Antônio Vieira

RESUMO

A presente pesquisa versou sobre o instituto da multiparentalidade, cujo problema é a possibilidade, ou não, de coexistência entre os vínculos de filiação biológico e socioafetivo, na esfera de um mesmo indivíduo. A família contemporânea não se amolda a uma única forma de constituição e, conseqüentemente, houve ampliação das formas de instituição de vínculos parentais. A impossibilidade de distinção entre os filhos admite aplicação extensiva aos pais. Os novos contornos assumidos pelas relações familiares requereram amparo jurídico, de modo que o Judiciário, por possuir atuação mais rápida do que o Legislativo, acabou por analisar o tema em questão, concluindo pela sua possibilidade e fixando tese de repercussão geral. À luz do Direito de Família contemporâneo, buscou-se, a partir de análise doutrinária, legal e jurisprudencial, verificar os elementos caracterizadores do vínculo socioafetivo e da multiparentalidade, advindos de uma evolução no âmbito familiar, bem como apontou-se alguns dos efeitos, ainda carentes de elucidação mais firme, da aplicação deste último instituto. Após apontamentos doutrinários, legais e jurisprudenciais, a hipótese respondeu afirmativamente ao problema.

Palavras-Chave: Civil. Direito de Família. Filiação. Afeto. Socioafetividade. Coexistência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A DOCTRINA DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA	9
1.1 O Direito de Família Contemporâneo	9
1.2 Relação de Parentesco: A Filiação e a Desbiologização da Paternidade.....	15
1.3 A Afetividade Como Forma de Construção de Parentesco.....	19
2 A COEXISTÊNCIA ENTRE AS PATERNIDADES BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	26
2.1 A Coexistência da Paternidade Biológica e Socioafetiva à Luz da Constituição Federal de 1988.....	26
2.2 A Coexistência das Paternidades Biológica e Socioafetiva no Código Civil de 2002.....	35
2.3 A Coexistência das Paternidades Biológica e Socioafetiva no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e na Legislação Extravagante.....	40
3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA COEXISTÊNCIA ENTRE A FILIAÇÃO BIOLÓGICA COM A SOCIOAFETIVA	47
3.1 Jurisprudência Favorável ao Reconhecimento da Coexistência entre a Filiação Biológica e Socioafetiva.....	47
3.1.1 STF - Recurso Extraordinário 898.060 / Santa Catarina - SC, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, com tema de repercussão geral 622, publicado no PJE em 24/08/2017.	47
3.2 Jurisprudência Desfavorável ao Reconhecimento da Coexistência entre a Filiação Biológica e Socioafetiva	55
3.2.1 STJ - Recurso Especial nº 1.087.163 / Rio de Janeiro – RJ, Relator(a) Ministra Nancy Andrighi, julgado em 31/08/2011.	55
3.2.2 Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Apelação Cível nº 1. 0686.09.245088-7/001 / Comarca de Teófilo Ottoni – MG / Relator Desembargador Dárcio Lopardi Mendes, julgado em 24/01/2013.	58
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo a análise da filiação socioafetiva e sua possível coexistência com o vínculo biológico como forma de constituição de parentesco no ordenamento jurídico brasileiro, à luz do Direito de Família Contemporâneo.

A socioafetividade é tema de indiscutível relevância social e jurídica nos dias atuais, principalmente quando se considera a evolução sofrida pelo Direito de Família ao longo dos anos e a crescente demanda por amparo jurídico que a filiação estabelecida em vínculos afetivos vem requerendo. Até pouco tempo, tratava-se de realidade fática amplamente difundida na sociedade, carente de amparo jurídico.

O problema central da monografia em questão é a possibilidade, ou não, de coexistência igualitária dos vínculos biológico e socioafetivo, referentes a um mesmo indivíduo. Sabe-se que o parentesco é responsável pela produção de efeitos nas mais diversas esferas da vida, de modo que a possível coexistência refletirá diretamente nesses efeitos. Assim, também serão analisadas algumas implicações dela decorrentes.

Propõe-se a seguinte questão: é possível, à luz do Direito, que haja a coexistência entre as paternidades biológica e socioafetiva sem que haja prevalência de uma sobre a outra?

Diante da evolução social do instituto e consequente mudança jurídica, a hipótese responderá afirmativamente ao problema proposto, conforme argumentação doutrinária, legal e jurisprudencial a ser apresentada.

O primeiro capítulo se ocupa dos aspectos doutrinários que corroboram a hipótese em questão, contextualizando o leitor com as primeiras considerações acerca do afeto. Será abordada a evolução que o Direito de Família sofreu ao longo do tempo até chegar aos seus contornos atuais, bem como o parentesco e suas formas de constituição e, por fim, cuidará da filiação socioafetiva ao expor seus preceitos e importância na construção do vínculo filial.

No segundo capítulo serão ilustrados os fundamentos legais que possibilitam o reconhecimento da filiação socioafetiva, à luz da Constituição Federal de 1988 (CF), do Código Civil de 2002 (CC) e do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990 (ECA). No último tópico do referido capítulo serão, ainda, abordados alguns efeitos trazidos pelo reconhecimento da multiparentalidade.

Por fim, no capítulo três serão expostos fundamentos jurisprudenciais favoráveis e contrários ao problema proposto. A possibilidade da coexistência será sustentada com base no Recurso Extraordinário 898.060, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que fixou tese de repercussão geral acerca da matéria. Já a impossibilidade, que impõe uma prevalência de uma sobre a outra, será ilustrada a partir de julgados anteriores à tese construída pelo Pretório Excelso.

O referencial teórico será construído a partir da doutrina de autores como Cristiano Chaves, Maria Berenice Dias, Nelson Rosendal e Paulo Lôbo, entre outros.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica em doutrinas brasileiras, especialmente as que tratam especificamente do Direito de Família, e documental, em artigos científicos. Por fim, conforme abordado acima, a pesquisa jurisprudencial também comporá a bibliografia do presente trabalho.

1 A DOUTRINA DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

O primeiro capítulo se propõe à análise dos aspectos doutrinários referentes ao Direito de Família Contemporâneo, à relação de parentesco – com ênfase para a relação de filiação – e, por fim, à paternidade socioafetiva.

A família, como agrupamento humano, é uma formação natural, construída com a passagem do homem, de seu estado de natureza, para o estado social. Por não ser um conceito estático, o instituto da família veio sofrendo alterações ao longo da história da humanidade, apresentando conotações adequadas à sociedade e à época vivenciadas. Independente do período, a estruturação familiar insere-se no âmbito de influência do Direito, o qual busca regulá-la.¹

1.1 O Direito de Família Contemporâneo

Em sua concepção tradicional, a entidade familiar nasceu fundada em uma conotação patrimonial, patriarcal e hierarquizada, onde todos, no grupo familiar, possuíam uma posição e uma função, pois serviam como mão-de-obra e representavam força de trabalho. A formação da família abrangia todo o agrupamento familiar, de forma extensiva, formando uma comunidade rural, integrada por todos os parentes, os quais, juntos, compunham uma unidade de produção.²

De acordo com Cristiano Chaves, as pessoas se uniam com o objetivo de formar patrimônio para posterior transmissão aos herdeiros, estando os laços afetivos renegados a segundo plano. Abria-se mão da felicidade pessoal de cada membro da família em busca da perpetuação patrimonial.³

Naquele momento, o ponto de partida para a formação familiar era o matrimônio, que representa o instituto criado pelo Estado a fim de regular os laços construídos pelos homens na sociedade.⁴

Segundo os modelos sociais tradicionais, o papel de provedor da família cabia ao homem, devendo a mulher direcionar seus esforços ao cuidado que devia

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29.

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 32.

ser dispensado ao lar e ao casamento. No entanto, as evoluções vivenciadas pelo mundo e os novos ideais trazidos pela Revolução Industrial fizeram com que a mulher sentisse a necessidade de se inserir, ainda que timidamente, no mercado de trabalho. Aos poucos, o homem foi deixando de ser a única fonte de subsistência da família.⁵

Nesse contexto, a sociedade avançou e mudou a maneira de pensar, agir e enxergar o mundo – tendo o mesmo acontecido com o agrupamento familiar. A formação até então extensiva, na qual o universo parental compunha o grupo familiar, foi dando lugar à formação chamada nuclear, restrita ao pai, à mãe e aos filhos.⁶

Num lapso temporal evolutivo, pode-se afirmar que o patrimonialismo, o patriarcalismo e as relações familiares marcadamente hierárquicas foram sendo deixadas em segundo plano e a atenção voltou-se ao vínculo afetivo e à solidariedade. O princípio da autoridade, até então predominante, era substituído por ideais de compreensão e amor.⁷

Em um contexto histórico mais evoluído, o poder concedido ao patriarca da família, centralizado única e exclusivamente na figura do homem, deu lugar ao poder familiar, exercido pelos pais em igualdade e desempenhado em prol dos filhos, levando em consideração o interesse desses últimos.⁸

Na realidade contemporânea, pode-se afirmar que a concepção patrimonialista de família foi substituída pela concepção múltipla, onde a instituição familiar, antes constituída apenas por vínculos biológicos, passou a ser passível de constituição também por vínculos sociopsicoafetivos. O matrimônio deixou de ser a única forma de composição familiar.⁹

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: família*. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v-5. p. 32.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: família*. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v-5. p. 32.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 09.

aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.¹⁰

Contemporaneamente, seja pela necessidade ou mesmo pela convivência, cada membro passou a ser visto em sua individualidade, buscando desenvolver-se profissionalmente a fim de conquistar a independência financeira e, conseqüentemente, a independência familiar.¹¹

Entretanto, mesmo com todos os avanços, a família continua sendo a base da sociedade, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social e o primeiro agente socializador do ser humano.¹² Seu objetivo é propiciar o desenvolvimento da pessoa humana que nela encontra amparo, buscando dispensar a seus componentes tratamento igualitário, de forma democrática e plural, cujo fim mediato é a concretude e o respeito à dignidade humana.¹³

Ante tamanha importância, ao Estado cabe destinar atenção especial à entidade familiar, garantida e disciplinada no artigo XVI, §3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH): “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”¹⁴ Porém, percebe-se que a nova face da família requereu minimização da influência do Estado, cabendo a este abandonar o papel de forte interventor - em que disciplinava de forma exaustiva as hipóteses de constituição familiar, aplicando penalidades aos envolvidos em formações diversas -, e disciplinar a família apenas no que tange às normas de natureza indisponível e personalíssima do instituto.

Diante de tais evoluções, pode-se afirmar que, nos dias atuais, a essência das relações familiares repousa no afeto. A feição patrimonialista, preocupada com o “ter”, deu lugar à feição afetiva, preocupada com o “ser”, com os membros integrantes do núcleo familiar. A dignidade humana se estabelece de forma a minimizar os valores patrimoniais.¹⁵

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 05.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: família*. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v-5. p. 32.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. v-6. p. 17.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.

¹⁴ ONU. Declaração. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em: 06 de ago. 2017.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 07.

É vivido um momento de repersonalização do instituto, em que valores contemporâneos como afeto e solidariedade são os componentes de seu núcleo fundamental.¹⁶

Afeto, na concepção de Caio Mário,¹⁷

é o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico.

A partir da ascensão do afeto como sentimento integrante da família, é possível observar no mundo contemporâneo não apenas a família tradicional, fundada no casamento, mas também outros arranjos familiares que, assim como o primeiro, cumprem o papel que lhe foi culturalmente destinado - propiciar o desenvolvimento da pessoa humana em seu seio, transmitindo-lhe valores sociais e culturais, de modo com que cada um encontre sua felicidade.¹⁸

Hoje, é comum de se ver famílias monoparentais, relações estabelecidas em união estável, a união homoafetiva, a multiparentalidade, entre outras. São famílias que surgiram dos fatos sociais, fazendo com que o Direito olhasse para elas, a fim de regulá-las e dar-lhes a mesma proteção assegurada à família tradicional.

A família contemporânea é plural, aberta e instrumental, é um lugar em que as relações são precipuamente pautadas pelo diálogo e compreensão, pela decisão compartilhada. Afirma-se que a família sofreu um processo de democratização.¹⁹

No ordenamento jurídico brasileiro, influenciado pela conotação patrimonial de família e pela Constituição vigente à época, o Código Civil de 1916 atribuiu ao matrimônio a única forma de constituição familiar. A entidade familiar era marcada por distinções entre seus membros, e os vínculos extramatrimoniais, bem como os filhos havidos fora do casamento, não eram reconhecidos.²⁰

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10^o edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: família*. 25^a edição. Rio de Janeiro: Forense. 2017. v-5. p. 34.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7^a edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 07.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7^a edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 06.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10^o edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 32.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o instituto familiar brasileiro assumiu novo aspecto, privilegiando o afeto e estando fundado em princípios fundamentais presentes no sistema jurídico. Somente a partir da publicação dessa Carta Constitucional, o Estado brasileiro passou a estender a proteção dada às famílias constituídas pelo casamento àquelas constituídas de formas diversas.²¹

A abordagem ao Direito das famílias, feita pela atual Constituição brasileira, gerou o fenômeno chamado pela doutrina de “Constitucionalização do Direito de Família”, segundo o qual os princípios base desse ramo do direito passaram a ser constitucionalmente previstos. Dentre os princípios e valores sociais fundamentais do contexto familiar destacam-se a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a afetividade.²²

A dignidade da pessoa humana é o valor fundante da ordem social mundial e da ordem constitucional brasileira, elencada na Constituição de 1988 como princípio fundamental (art. 1º, III, CF), a partir do qual se irradiam outros tantos princípios do ordenamento. A família, baseada na dignidade da pessoa humana, deixou de lado o objetivo de construção e perpetuação patrimonial e assumiu o papel de instrumento de construção de laços afetivos, de respeito e de aconchego.²³

Percebe-se que, neste momento, o Estado, em busca da proteção familiar, optou pela pessoa, centro de proteção de todo o Direito, e não pelo patrimônio. Ao mesmo tempo em que a dignidade impõe um limite à atuação do Estado, ela a norteia, promovendo, de forma efetiva, a dignificação do ser como indivíduo em todos os agrupamentos a que pertence, olhando sempre o ser humano existente, dotado de racionalidade, sensações e de emoções.²⁴

A dignidade da pessoa humana traz, ainda, a noção de uma cláusula geral de inclusão constitucional, onde, independente da formação familiar e de sua origem, os membros da família merecem a mesma proteção, os mesmos direitos e deveres

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 36.

²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 43.

²³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 44-45.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 45.

dados as demais pessoas, numa concepção doutrinariamente chamada de família eudemonista.²⁵

Por solidariedade entende-se o que cada um deve ao outro, a existência de respeito e consideração mútuos nos relacionamentos familiares.²⁶ Além de conteúdo jurídico, tal princípio contempla um conteúdo ético de fraternidade e reciprocidade. A família deve manter, entre si e com as demais entidades, um relacionamento solidário, marcado pela relação recíproca de detentor de direitos e deveres que cada um possui.²⁷

Já a afetividade é vista como o elemento estrutural da família contemporânea, do qual decorrem efeitos jurídicos.²⁸ O afeto adquiriu valor jurídico e hoje é o princípio basilar do Direito de Família,²⁹ decorrente da valorização da dignidade humana, somada à solidariedade familiar.³⁰

O Direito de Família não se esgota na aplicação dos princípios acima referidos, sendo eles apenas as bases para os demais princípios aplicáveis às mais diversas instituições familiares.³¹

Hoje, a família desempenha uma função social e a ela são aplicados princípios de forma a abranger as mais diversas situações possíveis, as quais surgem a cada dia, fruto da evolução social. Por essa razão, não é possível a construção de um conceito único e imutável para a instituição familiar, pois ela é a base da sociedade e, em seu seio, nascem novos tipos de relacionamentos e relações a todo momento.³²

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 58.

²⁶ TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 35-51. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 48.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52.

³⁰ TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 35-51. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45.

³¹ TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 35-51. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45.

³² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 40.

1.2 Relação de Parentesco: A Filiação e a Desbiologização da Paternidade

Na visão clássica do Direito de Família, o parentesco era definido como a relação que estabelece vínculo entre pessoas descendentes do mesmo tronco. Hoje, com a evolução sofrida pelo instituto, é possível enxergar o parentesco como uma espécie de relação humana, correspondente ao vínculo natural, biológico ou afetivo estabelecido entre pessoas não necessariamente descendentes de um tronco comum.³³

Tendo por base a origem do vínculo, é possível classificar o parentesco em três grupos: consanguíneo, por afinidade e civil.

Por parentesco consanguíneo entende-se aquele existente entre pessoas que possuem, entre si, um vínculo biológico, oriundas direta ou indiretamente de um mesmo ancestral. Já a relação por afinidade é aquela estabelecida entre o cônjuge e os parentes do outro, resultante do casamento e da união estável. E, finalmente, o parentesco civil é aquele decorrente de criação legislativa, que não se enquadra nas outras duas classificações apresentadas, como a adoção, a socioafetividade e a reprodução assistida.³⁴

A importância do conhecimento do parentesco funda-se nas possíveis consequências jurídicas que essa relação traz para o mundo fático, pois dela nascem direitos e decorrem obrigações. Merece menção o fato de que é intrínseca ao ser humano a necessidade do conhecimento de sua origem e de seus vínculos, onde, a partir dessa informação, o indivíduo passa a se sentir, efetivamente, como membro de um grupo e pertencente à sociedade em que vive.³⁵

Classicamente, em razão da forte influência que a Igreja exercia sobre o Estado, o casamento era visto como a única forma de constituição familiar digna de receber amparo legal, social e religioso. Como maneira de proteção às famílias matrimoniais, a Igreja proibia o reconhecimento dos filhos havidos de uma relação extraconjugal, tendo sido eles alvo de inúmeros preconceitos e de segregação – o tratamento que lhes era conferido era distinto do dispensado aos filhos legítimos ou

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. v-6. p. 298.

³⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v-5. p. 409.

³⁵ MADALENO, Rolf. Das relações de parentesco. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 447-464. São Paulo: Atlas, 2010. p. 448.

legitimados.³⁶ Havia uma clara prevalência da relação consanguínea sobre as demais.³⁷

Percebe-se, nesse contexto, a suprema importância do casamento, responsável pelo reconhecimento de um grupo como familiar e pela definição do estado de filiação. Nas palavras de Washington Monteiro e Regina Beatriz, a filiação era classificada do seguinte modo³⁸:

Filhos legítimos eram os nascidos de casal unido pelos laços do casamento. Quando os filhos não procedessem de casamento entre os genitores, se diziam ilegítimos. Os filhos ilegítimos se classificavam em naturais e espúrios. Eram havidos como naturais quando nascidos de homem e de mulher entre os quais não existisse impedimento matrimonial; espúrios, quando nascidos de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção.

No entanto, a relação de parentesco, assim como o instituto familiar, foi influenciada pelas transformações decorrentes da evolução social. Hoje, o parentesco é guiado pelo princípio da igualdade, onde discriminações e distinções, que categorizavam os seres, privilegiando uns em detrimento de outros, não têm mais lugar.³⁹

Dentre as múltiplas relações de parentesco existentes, a que é objeto de estudo do presente trabalho é a filiação, que corresponde à relação entre pais e filhos, também denominada de paternidade e maternidade.⁴⁰ Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “a filiação liga uma pessoa àquelas que a geraram ou receberam como se a tivesse gerado.”⁴¹

A partir da análise do principal fato gerador da paternidade, qual seja, a coabitação sexual entre homem e mulher, tem-se que a responsabilização da mulher sobre o filho gerado sempre foi socialmente pacificada, com algumas ressalvas para casos peculiares, envolvendo, por exemplo, troca de crianças na maternidade. Por

³⁶ CYSNE, Renata Nepomuceno. *Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 194.

³⁷ MADALENO, Rolf. Das relações de parentesco. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 447-464. São Paulo: Atlas, 2010. p. 450.

³⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil: família*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 97.

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 532.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 557.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. v-6. p. 309.

outro lado, no que se refere ao homem, a paternidade se fundava em presunções *juris tantum*, aquelas que admitem provas em contrário.⁴²

A máxima pregada no Direito Romano era *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* – a paternidade é presunção que decorre da situação de casado.⁴³ Assim, a paternidade só era imputada ao homem que estava ligado à mãe da criança pelo vínculo nupcial. Havia certeza da mãe e o pai era, presumidamente, aquele que com ela tivesse constituído matrimônio. A presunção decorria do dever de fidelidade conjugal.⁴⁴

Adotava-se o critério da verdade legal e a possibilidade, ainda que remota, de o filho provir de outra pessoa que não aquela que estava sendo imputada como pai era suficiente para desobrigar o suspeito de qualquer responsabilidade.⁴⁵

Nesse contexto, os filhos havidos de mulheres que não possuíam vínculo matrimonial com nenhum homem não tinham direito ao reconhecimento de sua paternidade. Diante de tal impasse, que se mostrava cada vez mais presente na sociedade, o Direito Francês criou a chamada ação para fins de subsídio econômico, fundada na possibilidade da paternidade. Aquele que tivesse possibilidade, ainda que remota, de ser o pai da criança, por ela deveria ser economicamente responsabilizado.⁴⁶

A partir desse ponto, a presunção de paternidade foi cedendo espaço à busca pela verdade biológica, hoje verificada pela realização do exame do Ácido Desoxirribonucleico (DNA), de eficácia superior a 99,9% e margem de erro próxima a zero. Já que de qualquer forma aquele que manteve coabitação sexual com a mãe da criança, ainda que não fosse o pai, poderia ser responsabilizado, a sociedade preferiu investir na busca da paternidade real para que apenas o verdadeiro pai, no aspecto biológico, respondesse pela criança.⁴⁷

⁴² VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. Minas Gerais, n. 21. p. 400-418, 1979. p. 402.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. v-6. p. 313.

⁴⁴ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. Minas Gerais, n. 21. p. 400-418, 1979. p. 402.

⁴⁵ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. Minas Gerais, n. 21. p. 400-418, 1979. p. 402.

⁴⁶ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. Minas Gerais, n. 21. p. 400-418, 1979. p. 403.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v-5. p. 418.

A presunção de paternidade do Direito Romano começou a ceder espaço ao critério da verdade biológica, inaugurado com o exame de DNA e expandido com o avanço tecnológico e social. A começar de tal fato, abriu-se espaço para o reconhecimento de outras naturezas de filiação: biológica, fundada não só na concepção natural, mas também na reprodução assistida; jurídica e socioafetiva.⁴⁸

Filiação biológica é a que é estabelecida por laços sanguíneos entre uma pessoa e seu descendente, é a herança de carga genética entre um indivíduo recebe de seus genitores. A reprodução natural pode ocorrer dentro do casamento, entre marido e mulher, ou fora dele.⁴⁹

A filiação biológica pode, ainda, ser oriunda de técnicas de reprodução assistida, as quais provocam a gestação mediante a substituição ou a facilitação de alguma etapa do processo reprodutivo. A reprodução assistida poderá ser homóloga, onde serão utilizados materiais genéticos dos cônjuges ou companheiros, ou heteróloga, onde o material genético a ser utilizado pertence a um terceiro desconhecido.⁵⁰

Na técnica de reprodução assistida heteróloga, pelo viés de doação genética masculina, embora o pai biológico da criança seja um terceiro desconhecido, o exercício e a efetiva paternidade será dado àquele que seja o companheiro da mulher que teve seu óvulo fertilizado. Há aqui, clara prevalência do critério socioafetivo sobre o biológico, pois, ao doador anônimo, embora participe na reprodução, não é dado reconhecimento jurídico como pai.⁵¹

Por filiação jurídica entende-se o vínculo entre pai e filho legalmente reconhecido, é a filiação ou paternidade juridicamente presumida. Diante dos fatos sociais existentes, o ordenamento jurídico se antecipou e reconheceu, desde já, algumas filiações que não se classificam nem na filiação biológica, nem na socioafetiva, enquadrando-as como filiação jurídica.⁵²

A filiação socioafetiva será objeto de estudo do tópico seguinte, mas pode-se adiantar que ela decorre da relação de afeto estabelecida entre pai e filho.

Independente de qual seja a classificação, todas as relações de filiação são produtoras do mesmo efeito, pois o instituto é regido pelo princípio da igualdade,

⁴⁸ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2ª edição. São Paulo: Atlas. 2011. p. 32.

⁴⁹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2ª edição. São Paulo: Atlas. 2011. p. 63.

⁵⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2ª edição. São Paulo: Atlas. 2011. p. 63.

⁵¹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2ª edição. São Paulo: Atlas. 2011. p. 64; 68.

⁵² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2ª edição. São Paulo: Atlas. 2011. p. 61.

previsto constitucionalmente em diversos ordenamentos pelo mundo, os quais preveem que aos filhos serão dados os mesmos direitos.⁵³

De acordo com a sociedade contemporânea, a paternidade, muito mais do que um fenômeno biológico, é um fato cultural. Muito além da transmissão de material genético para a formação de um novo ser, a paternidade é definida segundo o comportamento do pai perante o filho, que pode ir do acolhimento à rejeição. Ser pai e mãe não é apenas gerar, mas, acima de tudo, cuidar.⁵⁴

As modalidades de filiação biológica advinda de técnicas de reprodução assistida e socioafetiva deixam clara a importância e a prevalência que o exercício de fato da paternidade apresenta em relação às questões biológicas que fazem com que um homem seja tido ou não como pai. No entanto, certo é que, independente da origem da filiação, aos filhos serão dados os mesmos direitos.

A sociedade vive, portanto, o fenômeno da desbiologização da paternidade. A relação de filiação não pode ser demonstrada apenas pela carga genética que os filhos trazem dos pais, mas, sobretudo, pela opção que os pais têm, perante os filhos, de exercerem a paternidade, de entregar-se ao papel que lhe foi, ou não, biologicamente dado e que, por opção, será exercido.⁵⁵

1.3 A Afetividade Como Forma de Construção de Parentesco

As concepções históricas de família nem sempre viram o afeto como princípio e núcleo do aspecto familiar. Nas sociedades antigas, em que o critério religioso apresentava preponderância sobre até mesmo o critério biológico, não havia espaço para qualquer subjetividade trazida pelo afeto. A família abarcava as diversas pessoas que viviam sob a figura do *pater famílias*, o casamento era sua forma elementar de constituição e os interesses patrimoniais e econômicos ditavam as relações. O grupo familiar era marcado pela objetividade.⁵⁶

⁵³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Reconhecimento de filiação. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 523-545. São Paulo: Atlas, 2010. p. 524.

⁵⁴ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. Minas Gerais, n. 21. p. 400-418, 1979. p. 401.

⁵⁵ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. Minas Gerais, n. 21. p. 400-418, 1979. p. 414.

⁵⁶ CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. 2011. Tese (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 157.

A partir da Modernidade, com as modificações decorrentes da evolução das pessoas e do instituto, abriu-se espaço para o viés subjetivo, onde os sentimentos e anseios individuais começaram a ser observados e respeitados. Embora o primeiro espaço dado ao subjetivismo fosse mínimo, foi a partir dele que, na prática, começaram a surgir as alterações nos relacionamentos e nas formas de constituição familiar.

A diminuição da amplitude do grupo familiar acabou por aproximar seus integrantes e fazer com que o aspecto subjetivo, trazido pelo afeto, mostrasse sua importância, passando a ser visto como elemento central e fundamental do instituto. Segundo Lucas Calderon, à pessoa foi sendo dada, aos poucos, maior liberdade para decidir sobre sua opção de vida familiar.⁵⁷

Como consequência da crescente subjetividade e liberdade, aliada aos fatores sociais e políticos vivenciados, ao lado da família legítima foram surgindo outras entidades familiares, fundadas em outros vínculos, os quais se mostraram suficientes no desempenho do papel deles esperado: o de grupo familiar, em todas as suas acepções.⁵⁸

Abandonou-se a visão de família como instituto cujo fim precípua é a perpetuação patrimonial e, aos poucos, ela foi assumindo outros papéis de modo que hoje representa a base em que o indivíduo se estabelece, recebe apoio, incentivo e crescimento social. O novo aspecto familiar funda-se na visão de instituto cujas finalidades são a busca pela dignidade humana, a igualdade e a solidariedade.⁵⁹

Afeto, no sentido etimológico da palavra, deriva do latim *afficere ad actio*, expressão que significa onde o sujeito se fixa. A afetividade, sentimento fundado no afeto, pode ser definida como a “relação de cuidado e carinho que alguém tem para outrem,”⁶⁰ tendo passado a figurar de forma central nos vínculos familiares. Ela

⁵⁷ CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. 2011. Tese (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 161.

⁵⁸ CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. 2011. Tese (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 163.

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 132-133.

⁶⁰ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 22.

percorreu o caminho da margem da entidade familiar para ocupar, nos dias atuais, seu núcleo.⁶¹

O afeto corresponde a uma interação entre pessoas a qual não se apresenta, necessariamente, de forma positiva. A ligação entre duas pessoas decorrente do afeto pode ter dimensão positiva ou negativa: a dimensão positiva do afeto corresponde ao amor, ao passo que a negativa corresponde ao ódio.⁶² Numa relação familiar é possível verificar as duas dimensões, no entanto, o escopo do presente trabalho limita-se à dimensão positiva do afeto.

Desligando-se do conceito estudado pela psicologia, o afeto social pode ser visualizado no conjunto de atitudes que um indivíduo tem perante outro, demonstrando proteção e cuidado, numa relação de reciprocidade. Para Nicola Abbagnano, denomina-se “necessidade de afeto a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiante.”⁶³

O novo modelo familiar é marcado pela acentuação dos sentimentos entre seus membros. As relações entre os indivíduos de diferentes sexos e idades que compõem a família passaram a ser mais igualitárias e flexíveis, menos sujeitas às regras. Assim, à medida que a concepção de família como agrupamento em que o indivíduo se estabelece e cresce, recebendo amparo na busca pela sua felicidade individual, é fortalecida, a visão familiar como instrumento de perpetuação patrimonial regride, pois o afeto mostra-se com ela incompatível.⁶⁴

Diante de tamanha importância dada ao afeto, é inegável reconhecer que, cada vez mais, as relações afetivas vêm servindo de alicerce para a constituição de grupos familiares com novos formatos, a partir dos quais originou-se a família socioafetiva. O século XXI é caracterizado pela difusão de novos modelos familiares, de novas formas de constituição e de novos papéis assumidos por seus integrantes.

A família socioafetiva e, mais precisamente, a paternidade socioafetiva, é fundada na posse do estado de filho, resultante da convivência cotidiana entre duas

⁶¹ CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. 2011. Tese (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 165.

⁶² TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. *Revista Consulex*, Brasília. n. 378. p. 28-29. out. 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>> Acesso em 29 de ago. 2017. p. 28.

⁶³ ABBAGNANO, Nicola apud ANGELUCI, Cleber Affonso. *Valor jurídico do afeto nas relações do direito de família: construindo o saber jurídico*. 2006. Tese (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário Eurípedes de Marília, São Paulo, 2006. p. 63.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.

peessoas. Embora não existam vínculos biológicos que configurem a paternidade, a convivência entre os indivíduos faz com que o afeto envolva a relação de modo a criar laços firmes ao ponto de inaugurarem uma situação de filiação. Eduardo de Oliveira Leite, citado por Carlos Roberto Gonçalves, diz que “a verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética.”⁶⁵

Assim, a família socioafetiva é composta por vínculos de parentalidade socioafetiva, uma espécie de parentesco civil, onde, apesar de não possuírem um vínculo de ligação biológico, o afeto existente é forte ao ponto de fazer com que os indivíduos vivam como se parentes fossem.⁶⁶

Pode-se dizer que, nessa espécie familiar, “a figura do pai é funcionalizada, decorrendo de um papel construído cotidianamente, e não meramente de uma transmissão de carga genética.” No agrupamento, cada um possui um papel e a função paterna não necessariamente precisa ser exercida pelo genitor.⁶⁷

A possibilidade de exercício da paternidade de fato, apesar da ausência de vínculo biológico, corrobora a afirmação de João Villela segundo a qual a família não é um fato da natureza, mas sim um fato cultural. Embora naturalmente não exista qualquer vínculo biológico entre dois indivíduos, por uma moral cultural poderá ser reconhecida uma relação de filiação entre ambos.⁶⁸

A relação de afetividade existente é o ponto específico que faz de alguém um pai, independentemente da geração biológica. A assunção de responsabilidades de pai, do papel paterno, da doação para com o outro indivíduo, da preocupação, entre outros, são os responsáveis pela caracterização do vínculo. É dada prevalência à realidade, à relação construída pela convivência e ao direito que todos possuem à dignidade humana, devendo ser a família um local seguro de desenvolvimento individual.⁶⁹

⁶⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva. 2016. v-6. p. 301.

⁶⁶ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 25.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 610.

⁶⁸ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. Minas Gerais, n.21. p. 400-418, 1979. p. 401.

⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 611.

Apesar da difusão do reconhecimento do afeto como elemento constituidor de grupos familiares, os vínculos biológicos ou matrimoniais não foram substituídos, eles ainda perduram nos dias atuais e protagonizam as relações de filiação. No entanto, o critério afetivo divide lugar, em condição de igualdade, com as formas tradicionais de filiação.⁷⁰

Não é raro de se ver casos em que há cumulação de duas ou mais espécies de elos parentais, figurando sempre o afetivo em um dos polos. Contudo, também é possível verificar a ocorrência única do vínculo afetivo, sem a concomitância de qualquer outro, e isso não descaracteriza ou enfraquece a relação assim estabelecida.⁷¹

Muito além da classificação como uma nova espécie de vínculo, o afeto hoje é elemento fundamental das relações pautadas em vínculos matrimoniais e biológicos. A essas espécies de vínculos, adiciona-se a dimensão afetiva.⁷² Partindo dessa premissa, parte da doutrina entende a afetividade não apenas como valor sentimental, mas também como princípio do Direito de Família contemporâneo, detentor de valor jurídico.⁷³

Ao lado do princípio da afetividade outros princípios se fortaleceram nas relações familiares, como a igualdade e a liberdade. A igualdade determina que as relações familiares, ainda que fundadas no afeto, merecem tratamento igualitário ao despendido aos vínculos biológicos; já na dimensão da liberdade, é permitida a livre constituição de laços familiares, prevalecendo a autonomia da vontade do indivíduo.⁷⁴

Porém, ao mesmo tempo em que há liberdade para constituição de relações familiares, uma vez ocorrendo efetiva afeição e exteriorização da relação construída pelo afeto, há a responsabilização do indivíduo. O exercício da paternidade

⁷⁰ CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. 2011. Tese (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 169.

⁷¹ CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. 2011. Tese (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 165-166.

⁷² CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. 2011. Tese (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 167-168.

⁷³ TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. *Revista Consulex*, Brasília. n. 378. p. 28-29. out. 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>> Acesso em 29 de ago. 2017. p. 28.

⁷⁴ TÓRRES, Mayrelaine Teixeira. *Filiação socioafetiva: possibilidade de reconhecimento do direito aos alimentos na doutrina e nos Tribunais brasileiros*. 2013. 75 fls. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013. p. 18.

socioafetiva gera responsabilidades, direitos e obrigações, vinculando tanto o pai quanto o filho.⁷⁵

Somando essas espécies de obtenção de vínculos, a sociedade vive a disseminação de novas formas de constituição familiar de modo tão acelerado que o Direito não consegue regulá-los a tempo e cabe à doutrina e jurisprudência o papel de seu reconhecimento inicial.⁷⁶

Para haver projeção da relação socioafetiva sobre o direito, a doutrina destaca três aspectos necessários à sua configuração: os envolvidos devem se comportar como pai/mãe e filho, deve haver convivência familiar e estabilidade no relacionamento existente entre eles, além, é claro, da afetividade.⁷⁷

Presentes esses três elementos, surge para o filho afetivo o direito ao reconhecimento do estado de filiação. Primeiro, há a construção da filiação e seu reconhecimento em âmbito familiar para que depois o Direito efetive seu reconhecimento jurídico e lhe aplique os efeitos que lhe são inerentes.⁷⁸

Nesse contexto em que a cada dia vão surgindo novas relações entre os indivíduos, necessária se faz a administração da coexistência e convivência entre as diversas formas de viver em família e os diversos vínculos parentais que vão surgindo: famílias matrimoniais, heteroafetivas, adotivas, homoafetivas, socioafetivas, multiparentalidade, entre outras.⁷⁹

A realidade hoje se apresenta de tal forma que a família possui uma função social, cuja perspectiva predominante é a solidária.⁸⁰ A afetividade é elemento norteador e definidor da união familiar e tem como objetivo a realização do afeto e a construção do humanismo. O afeto é, portanto, o elemento estabilizador da família,

⁷⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 557.

⁷⁶ CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. 2011. Tese (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 169.

⁷⁷ LÔBO, Paulo. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre, n.05, Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, ago-set.2008. p. 06.

⁷⁸ LÔBO, Paulo. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre, n.05, Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, ago-set.2008. p. 06.

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 133.

⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 133.

unindo seus integrantes e sendo responsável pela manutenção do respeito, da liberdade e das relações de igualdade e de solidariedade.⁸¹

⁸¹ TÔRRES, Mayrelaine Teixeira. *Filiação socioafetiva: possibilidade de reconhecimento do direito aos alimentos na doutrina e nos Tribunais brasileiros*. 2013. 75 fls. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013. p. 17.

2 A COEXISTÊNCIA ENTRE AS PATERNIDADES BIOLÓGICA E SOCIAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo serão expostos os fundamentos legais sob os quais se ampara a possibilidade de reconhecimento da coexistência entre as paternidades biológica e socioafetivas. Serão utilizados os diplomas legais da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1 A Coexistência da Paternidade Biológica e Socioafetiva à Luz da Constituição Federal de 1988

No início do século XX, a família, no direito brasileiro, tinha por objetivo imediato era a perpetuação patrimonial. Portanto, toda forma de regulação estatal sobre o instituto voltava-se à proteção do patrimônio do indivíduo e de sua família.⁸²

Nesse contexto, as Constituições brasileiras ficavam silentes, nada dispondo sobre a família e seus direitos, ou, quando muito, traziam em seu texto regras pontuais sobre o instituto, sem, no entanto, construir um sistema. Portanto, até meados do século XX, o Código Civil de 1916 era o único responsável pela regulação familiar que, conforme já citado, centrava-se no patrimônio e não no indivíduo.⁸³

No entanto, a sociedade evoluía e, com ela, era necessário que o sistema normativo também evoluísse. Desse modo, foi possível verificar uma tímida evolução das normas sobre a família entre o Código Civil de 1916 e a Constituição de 1988, entre as quais merece citar a equiparação entre os filhos legítimos e os naturais, feita pela Constituição Federal de 1937; a possibilidade de reconhecimento dos filhos adulterinos após o desquite, com o Decreto-Lei nº 4.737/42; e a autorização para o reconhecimento de filho adulterino, concebido na constância da sociedade conjugal, desde que o cônjuge estivesse separado de fato há mais de cinco anos, pela Lei nº 7.250/84.⁸⁴

Após o Brasil ter vivenciado um período ditatorial, marcado pela forte restrição da autonomia e liberdade individuais, baseada em princípios limitadores, a

⁸² VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 43.

⁸³ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 58.

⁸⁴ VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 41.

promulgação da Constituição de 1988, em 05 de outubro, inaugurou um novo período na história brasileira, que não se restringia ao viés democrático.

Os fatos da vida à época demandavam regulação estatal. Valores surgiam no contexto jurídico-social brasileiro e não se coadunavam às regras até então existentes. Nesse contexto, a nova Constituição, responsável pela inauguração de um novo sistema jurídico brasileiro, trazia em seu texto, entre outros temas, valores de integração social, econômica e política e respeito aos direitos individuais e sociais.⁸⁵

A dignidade da pessoa humana foi elevada a princípio fundamental, assumindo dimensão transcendental e normativa – ostentando caráter de sobreprincípio do ordenamento –,⁸⁶ e até mesmo a disposição das normas no corpo constitucional demonstra a importância que os direitos e garantias individuais passaram a assumir a partir daquele momento.⁸⁷

Sabe-se que a Constituição é a lei suprema de um país e dela se irradiam princípios e regras que devem nortear tanto a atuação do legislador quanto a da sociedade como um todo. A partir da visão Neoconstitucionalista, a Constituição absorve os valores morais e políticos da sociedade e é vista como meio de proteção das liberdades e contenção do poder.⁸⁸

A Constituição promulgada em 1988 assumiu o centro do ordenamento jurídico brasileiro, conferindo-lhe unidade pela irradiação de seus valores, os quais foram absorvidos por todo o sistema legal.⁸⁹ Com base nos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição, a partir de 1988 foram sendo editadas novas leis relacionadas ao Direito de Família, na tentativa de adequar a família ao momento social vivido. Entre elas, merece destaque a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que será tratada em tópico próprio deste capítulo.

⁸⁵ NICODEMOS, Érika Cassandra de. Direito de família contemporâneo: conceito de família e nova filiação. *Conteúdo Jurídico*. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-de-familia-contemporaneo-conceito-de-familia-e-nova-filiacao,46727.html#_ednref4> Acesso em 01 de out. 2017.

⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 84.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65; 102.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53.

A dignidade da pessoa humana, elencada como fundamento da República Federativa do Brasil⁹⁰ é, acima de tudo, um valor. Embora não exista hierarquia entre os princípios, ela é um macro princípio do qual se originam outros tantos princípios e valores essenciais à sociedade. Não por menos, atualmente a dignidade humana representa a base de sustentação de diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos e não seria diferente com o ordenamento jurídico brasileiro.⁹¹

Segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha “[...] dignidade independe de merecimento pessoal ou social. Não é mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.”⁹² A dignidade é, então, um valor universal que não decorre das leis, mas da própria natureza do homem como ser humano.⁹³

Assim sendo, penso que a partir do momento em que o Estado elevou a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental, coube a ele, Estado, assegurar a seus indivíduos a vivência digna, em todos os seus aspectos. Com a despatrimonialização do direito privado, a importância dada ao patrimônio foi perdendo espaço, e a pessoa foi sendo valorizada e passou a ser vista no centro de proteção do ordenamento.⁹⁴

A dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco e igualitário a todo ser humano. É incorreto pensar que a dignidade de um é superior à dignidade de outro, de modo que, a partir dela, é possível chegar ao princípio da igualdade, também encontrado de forma explícita na Constituição de 1988.⁹⁵

⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 16 de nov. 2017.

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III – a dignidade da pessoa humana.

⁹¹ MANERICK, Rosa Maria dos Santos. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no Direito de Família. *Revista eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 01 de out. 2017. p. 02.

⁹² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: *Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, v. I, 2000. p. 72.

⁹³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O casamento: o direito de família, à luz da dignidade humana. In: *O novo código civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 1107.

⁹⁴ TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 35-51. São Paulo: Atlas, 2010. p. 41.

⁹⁵ MANERICK, Rosa Maria dos Santos. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no Direito de Família. *Revista eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º

No título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, inaugurado pelo artigo 5º, a Constituição previu a igualdade entre os indivíduos, proibindo qualquer tipo de distinção e garantindo-lhes direito aos mesmos direitos.⁹⁶ No âmbito do direito de família, o princípio da igualdade repercutiu na igualdade entre os filhos, que até então eram distinguidos por terem ou não sido havidos em uma relação matrimonial; na igualdade entre homem e mulher, que são detentores dos mesmos direitos e obrigações, sem que se fale em pátrio poder, mas em poder familiar; e na igualdade entre entidades familiares.⁹⁷

O artigo 226 da Constituição de 1988⁹⁸ confere proteção estatal à família, sem fazer qualquer tipo de distinção entre a espécie familiar ou entre seus componentes. O mesmo dispositivo conferiu reconhecimento à união estável e à família monoparental como entidades familiares, dando a elas a mesma proteção estatal dispensada à família tradicional. Portanto, percebe-se que a família não

quadrimestre de 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 01 de out. 2017. p. 3-4.

⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 de out. 2017.

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

⁹⁷ TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 35-51. São Paulo: Atlas, 2010. p. 48.

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 de out. 2017.

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§2º O casamento religioso tem efeito civil, na forma da lei.

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

decorre mais unicamente do casamento e, nesse sentido, tampouco a filiação deve dele decorrer.⁹⁹

Pela conjunção da dignidade da pessoa humana e da igualdade, não há mais espaço para qualquer tipo de discriminação no âmbito familiar, seja relativa à espécie - família monoparental ou pluriparental -, à forma de constituição - casamento ou união estável - ou a seus integrantes.¹⁰⁰

Nesse sentido, o artigo 227 da Constituição¹⁰¹ previu a unificação do *status* de filho, proibindo qualquer discriminação no tratamento conferido aos filhos biológicos, adotivos, enteados, socioafetivos, entre outros. A família é um ambiente assecuratório de direitos em que não deve haver espaço para diferenças e discriminações. O *caput* do mesmo artigo 227 elenca uma série de direitos que devem ser garantidos à criança, ao adolescente e ao jovem, numa forma de responsabilidade atribuída à paternidade – e à maternidade, consequentemente.¹⁰²

Segundo Rose Vencelau “mudando a concepção de família, modifica-se também a forma de proteção destinada aos filhos.”¹⁰³ E, com essa modificação,¹⁰⁴

o estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos.

⁹⁹ VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 41.

¹⁰⁰ SOUZA, Paula Feijó Pereira de. *A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares*. Artigo (Trabalho de Conclusão de Curso). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_souza.pdf> Acesso em: 30 de set. 2017. p. 11.

¹⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 de out. 2017.

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁰² VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 41.

¹⁰³ VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 42.

¹⁰⁴ VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 45.

Paulo Lôbo diz que, embora haja diferenças naturais e culturais entre as pessoas, nenhuma é capaz de legitimar tratamento jurídico desigual. Os pais, como detentores do poder familiar, têm autonomia e autoridade para educarem seus filhos da forma que acham ser a mais adequada, sempre respeitando os deveres e a individualidade de cada um.

A partir da ideia de igualdade, pode-se inferir o princípio da liberdade, segundo o qual as relações familiares devem ser marcadas pela autonomia de constituição, composição e extinção. O planejamento familiar, previsto no §7º do artigo 226 da Constituição, conjuga os já citados princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. É livre a realização do planejamento, que cabe somente a seus integrantes, sem interferência estatal.¹⁰⁵ Homem e mulher têm liberdade para decidirem o momento adequado para constituição da família ou para sua ampliação.¹⁰⁶

Ao lado da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, pode ser elencado o princípio da solidariedade, previsto no artigo 3º, I da Constituição¹⁰⁷, que implica na existência de solidariedade nos relacionamentos, caracterizada pelo respeito e consideração mútuos em âmbito familiar.¹⁰⁸ A solidariedade é a superação do individualismo, de modo que haja equilíbrio entre os espaços íntimo, privado e público de cada um.¹⁰⁹

Portanto, ao indivíduo foram sendo conferidos direitos, num contexto garantidor em que, segundo Gustavo Tepedino, “surge a chamada cláusula geral de

¹⁰⁵ SOUZA, Paula Feijó Pereira de. *A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares*. Artigo (Trabalho de Conclusão de Curso). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_souza.pdf> Acesso em: 30 de set. 2017. p. 12.

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66; 67.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 de out. 2017.

Artigo 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁰⁸ TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 35-51. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45.

¹⁰⁹ SOUZA, Paula Feijó Pereira de. *A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares*. Artigo (Trabalho de Conclusão de Curso). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_souza.pdf> Acesso em: 30 de set. 2017. p. 10-11.

tutela e promoção da pessoa humana, que representa o valor máximo do ordenamento, com grande incidência nas relações familiares.”¹¹⁰

Pela interação direta entre os princípios constitucionais e as relações familiares, deu-se a modificação da importância dada ao Direito de Família, que passou a ser visto de forma mais abrangente e fundado nos valores que estavam e, ainda estão, emergindo na sociedade.¹¹¹

À família foi dada especial proteção pelo Estado. Seus temas sociais juridicamente relevantes passaram a ser previstos diretamente no texto constitucional, a fim de terem sua eficácia garantida – fenômeno conhecido como Constitucionalização do Direito Privado. No entanto, a mudança se deu não apenas no texto, mas também na interpretação, de modo a compatibilizar o ordenamento à nova fase principiológica inaugurada pela Carta Constitucional.¹¹²

Atualmente, o princípio norteador das relações familiares é o denominado princípio da afetividade. Conquanto se fale sobre a afetividade e seus efeitos no Direito de Família contemporâneo, não é possível extraí-la e aplicá-la ao ordenamento pela simples análise das regras constantes no texto constitucional, pois ela não é encontrada de forma explícita no ordenamento pátrio.¹¹³

Porém, os princípios regentes do direito de família devem refletir a atual concepção do instituto. Sendo assim, em interpretação conforme a Constituição e considerando a igualdade entre os indivíduos, a dignidade humana, a liberdade e a solidariedade familiar, a afetividade pode ser analisada como um princípio, pois, assim como os demais, constitui, conforme Maria Berenice Dias, uma espécie de mandado de otimização.¹¹⁴

Como dito no capítulo anterior, o afeto é o elemento caracterizador da família contemporânea, é a base de sua constituição e, em decorrência disso, merece

¹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo apud TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 35-51. São Paulo: Atlas, 2010. p. 42.

¹¹¹ TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 35-51. São Paulo: Atlas, 2010. p. 38-39.

¹¹² TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 35-51. São Paulo: Atlas, 2010. p. 38-39.

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 58.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 58; 61.

reconhecimento e especial proteção do Estado. Segundo a psicologia, o afeto é um fato psicológico, um sentimento que um indivíduo tem para com outro indivíduo, podendo ser um sentimento de amor ou ódio, de afeição ou desafeição, de apego ou desapego. Já a afetividade é a maneira que o direito encontrou para suprir a carência de afeto nas relações interpessoais.¹¹⁵

Se o afeto se mostra como ponto de partida das novas relações familiares, ele merece proteção jurídica. A verdadeira importância da afetividade em uma relação familiar é que, não importa a origem da filiação, havendo afetividade entre os seus integrantes, esse grupo familiar será detentor da mesma proteção dispensada às demais famílias, constituídas por laços biológicos.¹¹⁶

Portanto, a partir da análise da proteção dispensada à família pela Constituição de 1988, é possível reconhecer o caráter amplo dado à filiação, de forma que, independente da natureza, suas diversas espécies são reconhecidas de maneira igualitária, sem prevalência de uma sobre a outra.

A consolidação do estado de filiação é dada pela convivência e pela afetividade entre os indivíduos. Segundo Paulo Lobo, “o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais.”¹¹⁷

Até poucos anos atrás, a sociedade brasileira, em consonância com outras sociedades do mundo, visualizava a paternidade unicamente pelo critério biológico. Uma vez sendo um indivíduo o genitor de outro, este era filho daquele e não havia discussão sobre isso. Mesmo se não se pudesse falar em paternidade em seu sentido prático, ela era reconhecida e inderrogável. No entanto, a Constituição Federal de 1988 constituiu precedente para que o afeto, aliado à vontade individual dos

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. *Revista Consulex*, Brasília. n. 378. p. 28-29. out. 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>> Acesso em: 02 de out. 2017. p. 28.

¹¹⁶ SOUZA, Paula Feijó Pereira de. *A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares*. Artigo (Trabalho de Conclusão de Curso). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_souza.pdf> Acesso em: 30 de set. 2017. p. 13.

¹¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 507.

envolvidos em determinada relação, servisse como complemento ao vínculo biológico, o qual, por si só considerado, é incapaz de fazer prevalecer uma situação de fato.¹¹⁸

A afetividade abriu espaço para a presunção da paternidade desligada de vínculos biológicos. O pai não se confunde mais com o genitor do indivíduo. Enquanto este é aquele cuja carga genética compõe a do indivíduo, aquele é quem exerce o efetivo papel de pai, com todos os direitos, deveres e responsabilidades a ele inerentes. A anterior presunção *pater is est* foi remodelada e pode ser presumido como pai aquele que assim se apresenta e exerce o papel, independente de ser ou não o genitor daquele que é seu filho.¹¹⁹

Penso que, comparando a paternidade biológica e a socioafetiva com base no disposto constitucionalmente, não é possível concluir pela prevalência de uma sobre a outra, sendo possível a visualização de uma convivência entre os dois institutos. Com a consagração do afeto a direito fundamental e da afetividade a princípio constitucional, não há como negar a igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.¹²⁰

Aos filhos será dispensado tratamento igualitário, independente de sua origem biológica. Seja a filiação decorrente de critérios biológicos, seja ela estabelecida com base no princípio da afetividade, não haverá distinção – o filho será sempre filho.

Se há socioafetividade entre dois indivíduos de modo a fazer surgir entre eles a paternidade socioafetiva, ao pai deve ser reconhecido o direito ao exercício da paternidade e ao filho deve ser reconhecida a situação de filiação, com os mesmos direitos inerentes aqueles que possuem vínculo biológico.

¹¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira *apud* LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 514.

¹¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 518-519.

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29.

2.2 A Coexistência das Paternidades Biológica e Socioafetiva no Código Civil de 2002

À época da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Código Civil vigente era o Código de 1916, que fora concebido à luz das influências da Revolução Francesa, baseado nos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, defensor do Estado Liberal.

Para concretização dos valores liberais e minimização da influência do Estado nas relações particulares, o Código de Beviláqua, como era chamado, previa em seu texto dispositivos capazes de efetivar o momento social vivido à época. Segundo Fachin, os pilares fundamentais do Código, que encontravam base no sistema privado clássico, eram o contrato, a família e os modos de apropriação.¹²¹

A família regulada pelo Código de Beviláqua era a família do início do século XX, matrimonializada, patrimonializada, patriarcal e hierarquizada.¹²² Segundo o Código de 1916, o matrimônio era a única forma de constituição da família, que se limitava ao grupo resultante do casamento. Uma vez estabelecida a união conjugal, esta não era passível de dissolução. Entre os membros do grupo familiar eram estabelecidas distinções e aceita a discriminação para com os detentores de vínculos extramatrimoniais e para com os filhos ilegítimos.¹²³

No entanto, a evolução da sociedade, o advento do Estado Democrático de Direito e, com ele, a promulgação da Constituição de 1988, fizeram com que alguns conceitos fundamentais do Direito Civil passassem a ser estabelecidos no texto constitucional, na chamada constitucionalização do Direito Civil. Pontes de Miranda, citado por Miguel Reale, defende o fenômeno ao aludir que “a passagem dos direitos e liberdades às constituições representa uma das maiores conquistas políticas da invenção humana, invenção da democracia.”¹²⁴

Em decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, a Constituição proibiu o tratamento desigual dispensado aos filhos,

¹²¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12.

¹²² CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 116.

¹²³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 27.

¹²⁴ REALE, Miguel. *A Constituição e o Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>> Acesso em 04 de out. 2017.

reconheceu outras formas de constituição familiar além do matrimônio, estendendo proteção a todas elas, além de garantir o direito à livre constituição familiar.¹²⁵

Diante das inovações trazidas ao ordenamento pela Constituição de 1988, o Código Civil vigente à época de sua promulgação se mostrou com ela conflitante.¹²⁶ As disparidades entre o texto encontrado no Código Civil e o constitucional fizeram com que a adequação dos princípios fundamentais constitucionais ao previsto no Código de 1916, naquilo que não foi derogado, se desse por meio da interpretação feita pelos tribunais.¹²⁷

O estabelecimento da compatibilidade entre o Código Civil e a Constituição Federal coube ao Código Civil de 2002. Seu projeto original data de período anterior à promulgação da Constituição de 1988 e teve que ser submetido a profundas modificações, a fim de se adequar ao estabelecido constitucionalmente. Devido às emendas que sofreu, a doutrina afirma que o Código Civil de 2002 já nasceu velho e não conseguiu abarcar de forma clara o necessário para reger a sociedade nos dias atuais.¹²⁸ Assim, ele deve ser sempre interpretado à luz da Constituição, de modo a garantir a efetividade das normas e princípios constitucionais.¹²⁹

Embora parte da doutrina afirme ter o Código de 2002 já nascido velho, não se pode negar que ele veio ao encontro da evolução social vivida pela sociedade moderna, incorporando em seu texto as mudanças ocorridas que, claramente, ensejavam previsões legais.¹³⁰

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10^o edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 27.

¹²⁶ SOUZA, Paula Feijó Pereira de. *A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares*. Artigo (Trabalho de Conclusão de Curso). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_souza.pdf> Acesso em: 04 de out. 2017. p.14-18.

¹²⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O casamento: o direito de família, à luz da dignidade humana. In: *O novo código civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 1108.

¹²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10^o edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 282-9.

¹²⁹ SOUZA, Paula Feijó Pereira de. *A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares*. Artigo (Trabalho de Conclusão de Curso). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_souza.pdf> Acesso em: 04 de out. 2017. p. 27.

¹³⁰ SOUZA, Paula Feijó Pereira de. *A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares*. Artigo (Trabalho de Conclusão de Curso). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_souza.pdf> Acesso em: 13 de out. 2017. p. 27.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §6º¹³¹, estabelece a igualdade entre os filhos, proibindo qualquer tipo de discriminação relativa à filiação. Seguindo o preceito constitucional, o Código Civil vigente, em seus artigos 1.593¹³² e 1.596,¹³³ prevê a mesma igualdade ao estabelecer que a paternidade, ou maternidade, independente da origem, possui tratamento igualmente digno ao dispensado à biológica, e que aos filhos deve ser garantido tratamento igualitário, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação.¹³⁴

O artigo 1.597¹³⁵ do mesmo diploma legal, ao admitir a filiação mediante inseminação artificial heteróloga – aquela em que se utiliza sêmen de um doador alheio à relação -, acaba por declarar que o fator biológico não é determinante para a filiação, pois, se assim fosse, o pai do filho gerado por esse tipo de inseminação artificial seria, sem dúvidas, o doador do sêmen.¹³⁶

O artigo 1.605, II¹³⁷ permite que a posse do estado de filiação constitua presunção capaz de provar a filiação,¹³⁸ bem como o artigo 1.614¹³⁹ demonstra que o reconhecimento do estado de filiação não é imposição obrigatória, sendo passível sua rejeição.¹⁴⁰

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 de out. 2017.

Artigo 227, §6º. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹³² BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 13 de out. 2017.

Artigo 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

¹³³ BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 13 de out. 2017.

Artigo 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹³⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 30.

¹³⁵ BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 13 de out. 2017.

Artigo 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

¹³⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

¹³⁷ BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 13 de out. 2017.

Artigo 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

¹³⁸ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 101.

¹³⁹ BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 13 de out. 2017.

Artigo 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

¹⁴⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

No que diz respeito à possibilidade ou não de amparo jurídico da filiação socioafetiva pelo Código Civil, a doutrina é quase unânime ao afirmar que o artigo 1.593 do referido diploma, quando dispõe que o parentesco pode resultar de “outras origens”, abriu espaço a uma interpretação ampliativa do instituto, de modo a abarcar outras formas de parentesco e filiação distintas do casamento.¹⁴¹

O Centro de Estudos da Justiça Federal, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, faz, desde a publicação do Código Civil, jornadas em que se discutem pontos do referido diploma. Na I Jornada de Direito Civil, ao interpretar o artigo 1.593, civilistas brasileiros concluíram, no enunciado n.103:¹⁴²

O Código Civil reconhece, no art. 1593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho.

Pela análise dos artigos acima dispostos, pode-se concluir que, assim como a Constituição, o Código Civil vigente no país abre espaço ao reconhecimento da filiação socioafetiva, configurada, sobretudo, pela posse do estado de filho que, embora também não esteja expressa no texto legal, vem ao longo dos anos sendo reconhecida e ganhado maior espaço e visibilidade.¹⁴³

Conquanto seja uma espécie de filiação socioafetiva, esta não se esgota apenas na posse do estado de filho, expressão cujo nascimento se deu na área da psicologia e hoje é reconhecida e aplicada em âmbito jurídico. Segundo Maria Berenice Dias, a posse de estado ocorre quando pessoas desfrutam de situação jurídica que não obedece à verdade. Quando essa situação se dá quanto ao vínculo de filiação, surge a posse do estado de filho, em que um dos polos da relação desfruta da condição de estado de filho afetivo e o outro de estado de pai ou mãe afetivo(a).¹⁴⁴

¹⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. v-6. p. 302.

¹⁴² NERI, Renata Viana. Da posse do estado de filho: fundamento para a filiação socioafetiva. *Conteúdo Jurídico*. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-posse-do-estado-de-filho-fundamento-para-a-filiacao-socioafetiva,48437.html>> Acesso em: 13 de out. 2017.

¹⁴³ NERI, Renata Viana. Da posse do estado de filho: fundamento para a filiação socioafetiva. *Conteúdo Jurídico*. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-posse-do-estado-de-filho-fundamento-para-a-filiacao-socioafetiva,48437.html>> Acesso em: 13 de out. 2017.

¹⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 371.

Segundo a doutrina, para que haja o reconhecimento da posse do estado de filho, se faz necessária a coexistência de três aspectos: *tractatus*, *nominatio* e *reputatio*, segundo os quais o filho deve ser tratado e apresentado como tal, deve desfrutar do nome da família e ser reconhecido como membro desta pela sociedade.¹⁴⁵

Assim, a posse do estado de filho é fundada num ato de vontade resultante de uma relação de afetividade entre indivíduos e a afeição, portanto, possui valor jurídico¹⁴⁶ e constitui situação em que a verdade socioafetiva é ressaltada.¹⁴⁷

Pelo reconhecimento da filiação socioafetiva, a verdade biológica passa a ter papel secundário, pois a paternidade ou maternidade biológica não possui valor algum se comparada ao vínculo afetivo estabelecido entre indivíduos que não apresentam qualquer ligação genética, ainda que distante.¹⁴⁸

Segundo luz Edson Fachin, “a paternidade se faz” e¹⁴⁹

pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação socioafetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

Uma vez comprovada a filiação socioafetiva, os filhos assim havidos são detentores dos mesmos direitos dos biológicos, tendo em vista a igualdade consagrada pela Constituição e trazida também pelo Código Civil. Nos termos do enunciado nº. 6 do Instituto Brasileiro de Direito de Família “do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.”¹⁵⁰

Após a análise da compatibilidade entre a paternidade biológica e socioafetiva à luz da Constituição Federal e do Código Civil de 2002, passa-se a

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10^o edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 371.

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10^o edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 372.

¹⁴⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4^a edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 236.

¹⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10^o edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 372.

¹⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 169.

¹⁵⁰ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3^a edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 25

análise dos institutos à luz da legislação brasileira extravagante, sobretudo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.3 A Coexistência das Paternidades Biológica e Socioafetiva no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e na Legislação Extravagante

O constituinte de 1988 previu, no artigo 227 da Constituição Federal¹⁵¹, tratamento diferenciado à criança e ao adolescente, através da chamada doutrina da proteção integral, pela qual deve ser conferida, pela família, pela sociedade e pelo Estado, prioridade absoluta à proteção e garantia dos direitos destes.

Em 13 de julho de 1990, dois anos após a vigência da Constituição Federal de 1988, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo objetivo, conforme disposto no seu artigo 1º¹⁵², é a proteção integral à criança e ao adolescente.¹⁵³ Esse diploma legal trouxe expressamente a previsão, no artigo 21¹⁵⁴, do exercício do poder familiar de forma igualitária entre pai e mãe, sempre em busca do melhor interesse do filho, e da proteção a ser dispensada aos filhos como princípio norteador das relações, previsto no artigo 100.¹⁵⁵

A previsão do melhor interesse da criança e a proteção dispensada especificamente à criança e ao adolescente decorre da condição de

¹⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 16 de nov. 2017.

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁵² BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 16 de nov. 2017.

Artigo 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

¹⁵³ VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47.

¹⁵⁴ BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 16 de nov. 2017.

Artigo 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

¹⁵⁵ BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 16 de nov. 2017.

Artigo 100.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

desenvolvimento¹⁵⁶ em que se encontram, pois a convivência familiar em um ambiente saudável é determinante para a personalidade do indivíduo.¹⁵⁷ A relação entre pais e filhos deve ser construída de modo que, conforme o indivíduo cresce, ele possa se desvencilhar da imaturidade que lhe é inerente pela pouca idade, rompendo, aos poucos, com a intervenção dos pais sobre as suas escolhas, e exerça sua vida de maneira autônoma.¹⁵⁸

O direito à convivência familiar é encontrado no rol de direitos fundamentais garantidos ao indivíduo, tamanha sua importância no desenvolvimento do ser humano, porquanto já ficou demonstrado, em estudo feito pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) que a proximidade e disponibilidade emocional de um pai é fator protetor e promotor da autoestima e autoconfiança infantil.¹⁵⁹

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, é essencial para a formação do indivíduo e para o seu crescimento social que “alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe”, ainda que não haja um vínculo biológico.¹⁶⁰ Consequentemente, tanto o ordenamento jurídico quanto a jurisprudência vêm facilitando o reconhecimento do vínculo socioafetivo, de modo a garantir ao indivíduo uma relação familiar, que não deve ser necessariamente construída apenas por vínculos biológicos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 27,¹⁶¹ o reconhecimento do estado de filiação como um direito personalíssimo e, portanto,

¹⁵⁶ BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acesso em: 16 de nov. 2017.

Artigo 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

¹⁵⁷ PERIPOLLI, Suzane Catarina. O princípio do melhor interesse da criança como fundamento para o reconhecimento da paternidade socioafetiva. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14366&revista_caderno=14>. Acesso em 22 de out. 2017.

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 415-435. São Paulo: Atlas, 2010. p. 417.

¹⁵⁹ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 24.

¹⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 62-63.

¹⁶¹ BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acesso em: 16 de nov. 2017.

Artigo 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

indisponível e imprescritível.¹⁶² A ação de reconhecimento de filiação terá como base a verdade afetiva, não sendo necessário, contudo, que o vínculo afetivo ainda esteja presente no momento da propositura da ação.¹⁶³

Cotidianamente, o que se vê nos tribunais é exatamente o contrário: ação de reconhecimento de filiação socioafetiva interposta após o rompimento do vínculo. Para maiores chances de procedência da referida ação, é necessária a prova da existência do afeto durante a convivência, de maneira que essa relação tenha assumido papel fundamental na construção da personalidade do indivíduo.¹⁶⁴

Uma vez estabelecida e reconhecida a filiação socioafetiva, todos os efeitos que lhe são inerentes serão produzidos como consequência dos princípios da igualdade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Em consonância com o artigo 10, II do Código Civil¹⁶⁵, ao reconhecer a filiação socioafetiva, deve o Magistrado oficial o cartório de Registro Civil que realizou o assento do nascimento do indivíduo para nele incluir a filiação agora reconhecida e alterar o nome da pessoa, com inclusão do patronímico do pai ou da mãe socioafetivo.¹⁶⁶

Segundo o artigo 100, §1º da Lei 6.015¹⁶⁷ – Lei de Registros Públicos, as sentenças só produzirão efeitos contra terceiros depois de averbadas, de modo que a averbação da sentença declaratória de filiação socioafetiva é necessária para facilitar a prova da socioafetividade reconhecida e a consequente produção de seus efeitos.¹⁶⁸

Como efeito da alteração do registro civil do filho socioafetivo, pode haver o preenchimento de filiação ausente ou o estabelecimento de uma relação

¹⁶² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 389.

¹⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 594.

¹⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 594.

¹⁶⁵ BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 16 de nov. 2017.

Artigo 10. Far-se-á averbação em registro público:

II – dos atos judiciais ou extrajudiciais que declarem ou reconhecerem a filiação.

¹⁶⁶ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 155.

¹⁶⁷ BRASIL. *Lei nº 6.015 de 31 de dez. de 1973*. Lei de Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm> Acesso em: 16 de nov. 2017.

Artigo 100.

§ 1º Antes de averbadas, as sentenças não produzirão efeito contra terceiros.

¹⁶⁸ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 155.

multiparental.¹⁶⁹ Conquanto a doutrina majoritária entenda que o reconhecimento da filiação socioafetiva rompa automaticamente com vínculos biológicos, passando o genitor a figurar tão somente como genitor, parcela ainda minoritária, porém em expansão, vem admitindo a possibilidade de coexistência da filiação biológica com a socioafetiva, de modo que o filho pode ser beneficiário dos efeitos produzidos pelas duas, numa relação chamada multiparentalidade.¹⁷⁰

Segundo Maria Berenice Dias, o filho socioafetivo tem direito ao reconhecimento dos seus genitores, de modo que a ele é dado o direito da declaração da paternidade, a qual não tem o condão de desconstituir a filiação socioafetiva já reconhecida.¹⁷¹ Haverá, apenas, o reconhecimento da origem biológica, sem a produção de quaisquer efeitos. Por outro lado, ao admitir a possibilidade de relações de multiparentalidade, o reconhecimento da filiação biológica fará surgir a coexistência dos efeitos hereditários, alimentares, registraes, entre outros.¹⁷²

O efeito inicial do reconhecimento da filiação socioafetiva é sua projeção sobre as relações de parentesco, de modo que o indivíduo reconhecido não ganhará apenas um pai ou uma mãe, mas também tios, avós e irmãos, entre outros, que passarão a compor sua árvore genealógica.¹⁷³ De igual maneira, os impedimentos estabelecidos pela relação de parentesco também se aplicam ao vínculo socioafetivo: surgem impedimentos quanto ao casamento e, até mesmo, quanto à inelegibilidade eleitoral¹⁷⁴, prevista no artigo 14, §7º da CF e já reconhecida pelo Tribunal Superior Eleitoral.¹⁷⁵

Entretanto, além dos efeitos existenciais – pessoais –, a filiação socioafetiva também afeta a esfera patrimonial e o filho assim reconhecido terá direito

¹⁶⁹ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 85.

¹⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 596.

¹⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 391.

¹⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 599.

¹⁷³ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 25.

¹⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral. Respe 5410103. Pl. Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Brasília, 15 de fev. 2011. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18814555/recurso-especial-eleitoral-respe-5410103-pi/inteiro-teor-104143239?ref=juris-tabs>> Acesso em: 16 de nov. de 2017.

¹⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 596.

à herança e aos alimentos do pai do mesmo modo que estará sujeito ao seu poder familiar.¹⁷⁶

O artigo 1.694¹⁷⁷ do Código Civil permite aos parentes pedirem, uns aos outros, os alimentos de que necessitem para sobreviver. Já que a filiação socioafetiva construiu uma nova relação parental, incluindo o filho socioafetivo, a ele é aberta a possibilidade de pleitear alimentos, caso necessite, ao pai, à mãe ou aos demais ascendentes ou descendentes que lhe foram dados pela relação afetiva.¹⁷⁸

Corroborando o entendimento, o Enunciado nº 341 da CJF determina que “para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.” Ressalta-se, contudo, que havendo a prova do binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante, o dever de prestar alimentos advindo de uma relação socioafetiva é recíproco entre todos os parentes, ou seja, dá-se tanto do filho socioafetivo para com seus ascendentes, quanto ao contrário.¹⁷⁹

Apesar de parcela majoritária da doutrina entender, antes do julgamento do tema de repercussão geral 622 pelo Supremo Tribunal Federal, que será abordado no capítulo seguinte, que o reconhecimento da filiação socioafetiva impossibilita a produção de efeitos por eventual vínculo biológico, no que tange aos alimentos essa mesma doutrina reconhece o direito do filho, caso o pai socioafetivo não possa prestar alimentos, pleiteá-los do pai biológico.¹⁸⁰

Quanto aos efeitos sucessórios, é reconhecida a aplicação destes na parentalidade socioafetiva, de modo que o filho socioafetivo concorre em igualdade de condições com os demais filhos e/ou cônjuge à herança deixada pelo de cujus.¹⁸¹

¹⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 596.

¹⁷⁷ BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 16 de nov. 2017. Artigo 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

¹⁷⁸ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 81.

¹⁷⁹ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 82.

¹⁸⁰ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 84-85.

¹⁸¹ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 87.

Em se tratando de filiação socioafetiva estabelecida em face de um menor, os efeitos a serem aplicados obedecerão, ainda, ao princípio do melhor interesse da criança, previsto no artigo 3º, I, da Convenção Universal dos Direitos da Criança e Adolescente¹⁸² e disciplinado, em âmbito interno, no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90.¹⁸³

Conforme demonstrando ao longo deste capítulo, o reconhecimento da filiação socioafetiva faz nascer os mesmos efeitos que são conferidos à filiação biológica, como decorrência do princípio da igualdade. Consequentemente, também nasce para o pai ou mãe socioafetivo o dever de exercício do poder familiar sobre o filho, a partir do qual deve ser dispensado afeto, respeito e assistência aos filhos.¹⁸⁴

Pode-se afirmar que o reconhecimento da filiação socioafetiva em relação ao menor é proporcionado, sobretudo, pela importância que o princípio do melhor interesse da criança assumiu nas relações familiares. Diante de uma relação afetiva capaz de fazer gerar um vínculo afetivo forte ao ponto de exteriorizar uma relação de filiação, busca-se preservar o menor envolvido na relação ao invés de lhe impor uma filiação biológica rejeitada ou, até mesmo, evitar com que ele careça de filiação.

Tendo em vista a proteção integral dos interesses do menor, o ECA abre espaço não só para o reconhecimento da filiação socioafetiva, como também para a prevalência da relação socioafetiva sobre a biológica, porquanto o afeto é elemento essencial para o desenvolvimento e crescimento da criança em âmbito familiar.¹⁸⁵

Nas palavras de Suzane Pirepolli:¹⁸⁶

¹⁸² UNICEF. Convenção Universal dos Direitos da Criança e Adolescente. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm> Acesso em: 20 de out. 2017.

3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

¹⁸³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 374.

¹⁸⁴ SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 570-582. São Paulo: Atlas, 2010. p. 571.

¹⁸⁵ PERIPOLLI, Suzane Catarina. O princípio do melhor interesse da criança como fundamento para o reconhecimento da paternidade socioafetiva. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14366&revista_caderno=14>. Acesso em 22 de out. 2017.

¹⁸⁶ PERIPOLLI, Suzane Catarina. *O princípio do melhor interesse da criança como fundamento para o reconhecimento da paternidade socioafetiva*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14366&revista_caderno=14>. Acesso em 22 de out. 2017.

É pela relação de afeto que a paternidade socioafetiva respeita o melhor interesse da criança tendo em vista que promove o desenvolvimento pleno e integral da mesma, uma vez que as relações de pai e filho transcendem a lei e o sangue, pois se trata de um amor doado livremente, sem imposições, em prol, unicamente, dos interesses das crianças e a promoção de seu bem estar social.

Para Christiano Cassettari, como garantia do direito à convivência familiar, tem prevalecido, com base no melhor interesse da criança, o critério socioafetivo de paternidade, de modo a assegurar a proteção dos direitos fundamentais daqueles que detém a condição de filho.¹⁸⁷

Segundo Heloísa Helena Barboza,¹⁸⁸

Em nome do melhor interesse da criança, deve prevalecer a paternidade afetiva, em detrimento da biológica, sempre que se revelar como o meio mais adequado de realização dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, especialmente de um dos seus direitos fundamentais: o direito à convivência familiar.

Em consonância com o que a doutrina vem explicitando sobre o tema, o Enunciado 339 do Conselho de Justiça Federal dispõe que “a paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.”

¹⁸⁷ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 80.

¹⁸⁸ BARBOZA, Heloísa Helena. *apud* CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 31.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA COEXISTÊNCIA ENTRE A FILIAÇÃO BIOLÓGICA COM A SOCIOAFETIVA

O presente capítulo cuida da análise dos aspectos positivos e negativos da hipótese de coexistência das paternidades biológica e socioafetiva, à luz de julgados proferidos pelos tribunais brasileiros. Inicialmente, será analisada a jurisprudência favorável, tendo como referência o recurso extraordinário com repercussão geral julgado pelo Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, passar-se-á a análise de jurisprudências contrárias à hipótese.

3.1 Jurisprudência Favorável ao Reconhecimento da Coexistência entre a Filiação Biológica e Socioafetiva

3.1.1 *STF - Recurso Extraordinário 898.060 / Santa Catarina - SC, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, com tema de repercussão geral 622, publicado no PJE em 24/08/2017.*

Trata-se de recurso extraordinário cujo provimento foi negado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no dia 21 de setembro de 2016, em conformidade com o voto proferido pelo Ministro Relator – Luiz Fux.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). **VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO** (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. **NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE.** PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. (grifo nosso)

A jurisprudência em análise versa sobre o tema socialmente relevante da possibilidade ou não de coexistência entre os vínculos de filiação biológica e socioafetiva, escopo de estudo do presente trabalho. Foi levada ao Supremo Tribunal Federal a apreciação, em recurso extraordinário, de uma das principais controvérsias advindas da evolução do Direito de Família e sua consequente constitucionalização – a possível convivência de mais de uma espécie de filiação, podendo, ou não, o indivíduo acumulá-las em seus dados registrais e no que tange aos seus efeitos.

O caso trata de ação em que F.G. pleiteava o reconhecimento da paternidade biológica e todos os seus efeitos em face de A.N., numa situação em que a recorrente já fora registrada no nome de pai socioafetivo, I.G. Portanto, era analisada a possibilidade de coexistência ou não das duas modalidades de filiação.

A autora da ação buscava o reconhecimento do vínculo biológico, provado por exame de DNA, ao passo que o réu buscava o não reconhecimento ou, caso ocorresse – em razão da força probatória do exame de DNA –, que não fosse possível a produção de efeitos.

O Ministro Relator, Luiz Fux, ao reconhecer a repercussão geral do tema e o prequestionamento da matéria nas instâncias ordinárias, conforme preceitua o artigo 102, §3º da Constituição Federal,¹⁸⁹ admitiu o recurso em questão, passando a fixação da tese que viria a refletir amplamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Passa-se, agora, à análise do voto vencedor e consolidador da tese envolvendo a questão acima apresentada em conjunto com a doutrina abordada nos capítulos anteriores.

A família, à luz do Código Civil de 1916, tinha por base o instituto do matrimônio, à época indissolúvel e objeto de proteção do Estado e da Igreja. A paternidade fundava-se numa relação presumida, decorrente do casamento – pai era aquele que possuía o vínculo matrimonial com a mãe do nascido.¹⁹⁰

¹⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 de fev. de 2018.

Art. 102, §3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

¹⁹⁰ VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 43.

Considerando o matrimônio como ponto de partida, os filhos eram distinguidos em legítimos, legitimados e ilegítimos.¹⁹¹ Segundo Maria Berenice Dias, a relação criada em âmbito familiar levava em consideração única e exclusivamente o vínculo entre os genitores, deixando o afeto e, até mesmo, a origem biológica renegados a segundo plano.¹⁹²

No entanto, a sociedade evoluiu e as relações entre os indivíduos ganharam contornos de modo a fazer surgir novas formas de organização familiar, distintas daquela fundada no casamento. A Lei do Divórcio, de 1977, inaugurou uma nova maneira de dissolução do casamento, até pouco tempo juridicamente indissolúvel por exclusiva vontade das partes e, anos mais tarde, a Constituição de 1988 trouxe amparo jurídico-constitucional à nova realidade social, dispondo em seu texto, em capítulo próprio, do tema “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”.

Conforme relatado no voto vencedor do recurso extraordinário em análise, a previsão constitucional de aspectos basilares do Direito de Família deixou clara a necessidade de aliar o instituto aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, mais adequados à realidade social que estava sendo construída. O sobreprincípio da dignidade humana assumia importante papel no contexto familiar, cujo centro agora era ocupado pelo indivíduo, sujeito de direitos, não mais pelo casamento.¹⁹³

O Ministro Luiz Fux cita a seguinte passagem do sociólogo britânico Anthony Giddens, que resume bem o novo momento vivido:¹⁹⁴

as pessoas optam cada vez mais por viver juntas em coabitação antes do casamento, ou em alternativa ao casamento. Em resumo, o mundo familiar é hoje muito diferente do que era há cinquenta anos atrás.

¹⁹¹ WELTER, Belmiro Pedri. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

¹⁹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 51.

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 229.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 898.060. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%2E%2E+OU+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2zju8d>> Acesso em: 02 de mar. de 2018. p. 07.

A esse novo mundo, é imprescindível a aplicação do sobreprincípio da dignidade humana, em todas as suas dimensões. Exige-se que o indivíduo seja considerado, conforme afirmado por Immanuel Kant, citado por Fux, “um fim em si mesmo, nunca um meio para um fim”.¹⁹⁵

É ressaltado que a dignidade humana afirma que todo indivíduo tem um valor e deve ser considerado e respeitado como ser humano, na sua individualidade. Assim, as capacidades singulares de determinação e desenvolvimento em liberdade devem prevalecer frente a quaisquer interferências estatais. Os objetivos de vida devem ser traçados individualmente por cada ser humano, não cabendo ao Estado a formulação de modelos preconcebidos.¹⁹⁶

Em uma relação de derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, o voto traz o direito à busca da felicidade como outro fundamento da decisão proferida. Embora seja um assunto relativamente novo no ordenamento brasileiro, o direito à busca pela felicidade foi reconhecido pela primeira vez na Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, e aplicado no caso *Meyer v. Nebraska*, em 1923. A partir de então, abriu-se espaço ao reconhecimento desse princípio nos diversos ordenamentos jurídicos do mundo.¹⁹⁷

No Brasil, o direito à busca da felicidade ganhou *status* de princípio no julgamento da ADPF 132, de relatoria do Ministro Ayres Britto, cujo objeto imediato era o reconhecimento da possibilidade de união estável entre casais do mesmo sexo. A tese vencedora da ADPF, baseando-se no direito à busca da felicidade, reconheceu a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, retirando qualquer óbice advindo de possíveis interpretações dadas à legislação infraconstitucional.¹⁹⁸

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%2E%2E+OU+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2zju8d>> Acesso em: 02 de mar. de 2018. p. 07. p. 08.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%2E%2E+OU+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2zju8d>> Acesso em: 02 de mar. de 2018. p. 07.

¹⁹⁸ ORTEGA, Flávia Teixeira. *O que consiste o princípio da busca da felicidade?* Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/383860617/o-que-consiste-o-principio-da-busca-da-felicidade>> Acesso em: 05 de mar. 2018.

Na arguição de descumprimento de preceito fundamental citada acima, o Ministro Marco Aurélio proclamou que “ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem (...)”.¹⁹⁹ Nesse contexto, o princípio, até então implícito, passou a ser aceito e reconhecido pelo Pretório Excelso.

Portanto, a busca da felicidade pode ser resumida como o direito dado ao indivíduo de agir livremente, conforme suas convicções e escolhas de vida, sem que o Estado intervenha negativamente, impondo limites. Ele funciona como um escudo de proteção dado ao indivíduo em face das ingerências estatais em sua vida particular. É claro que o direito à felicidade encontra limites em outros princípios fundamentais e com base nele não é permitida a prática de atos violadores do direito de outrem.

Para Fux,²⁰⁰

o direito à felicidade traduz-se em um mandamento a que o governo se abstenha de eleger finalidades a serem perseguidas nas mais diversas esferas da vida humana, bem assim a que não se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares.

Numa harmonização entre os princípios da dignidade humana e do direito à busca da felicidade, conclui-se que o indivíduo deve ser reconhecido como pessoa humana, dotado de personalidade jurídica e a ele devem ser concedidas as capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos de vida. A liberdade deve ser prevalecente em direção ao que é tido por cada um como felicidade.²⁰¹

Nesse contexto, o conjunto normativo-legal de um Estado deve se adequar às demandas sociais existentes em um determinado momento, não o contrário. O

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 132*. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de mai. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 05 de mar. 2018. p. 212.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%2E%2E+OU+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2zju8d>> Acesso em: 02 de mar. de 2018. p. 10.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%2E%2E+OU+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2zju8d>> Acesso em: 02 de mar. de 2018. p. 09.

indivíduo não deve se privar de fazer livremente suas escolhas para poder se encaixar em algum modelo familiar previsto legalmente.

Nas palavras do relator,²⁰²

no campo da família, tem-se que a dignidade humana exige a superação de óbices impostos por arranjos legais ao pleno desenvolvimento dos formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais.

Nesse momento, vale citar novamente Maria Berenice Dias, doutrinadora abordada nos capítulos anteriores, quando diz que diante da evolução dos grupos familiares e da constitucionalização do Direito de Família, fenômeno decorrente do neoconstitucionalismo, a própria Constituição Federal de 1988 já conferiu legitimidade a modelos familiares independentes do casamento – união estável e família monoparental –, além de proibir expressamente qualquer forma de distinção entre espécies filiatórias.²⁰³

Em seu voto, o Ministro Relator argumentou que diante do contexto acima apresentado não cabe ao Poder Judiciário fazer uma interpretação restritiva do conceito de família. Ao contrário, cabe a ele ampliar a tutela normativa dispensada ao instituto, em respeito aos já mencionados princípios e à própria Constituição, numa espécie de alargamento do conceito de família.

Dessa forma, é possível visualizar, no momento atual, três espécies filiatórias que merecem tratamento isonômico: a decorrente de presunção advinda do casamento ou da própria lei; a biológica, constituindo o direito à busca da identidade genética mais um direito fundamental; e a afetiva, que vem ganhando espaço a cada dia.

Partindo do pressuposto que é possível haver as três formas de origem filiatória, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria de votos, a possibilidade de coexistência entre a filiação biológica e socioafetiva. Segundo os ministros da Corte, ao indivíduo deve sim ser permitido, se a realidade fática exigir, o

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 898.060. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%2E%2E+OU+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2zju8d>> Acesso em: 02 de mar. de 2018. p. 08.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52; 57.

reconhecimento de mais de uma forma de filiação, pois a norma posta não deve prevalecer em detrimento do bem-estar e da felicidade de cada um.

Ao reconhecer a coexistência, a Corte concluiu pela impossibilidade de hierarquização entre as formas de filiação. Todas devem ser reconhecidas pelo Estado e receber o mesmo tratamento, pois a família não pode ser um instituto fechado, ditado por vontades e conveniências estatais.

Desse modo, se for da vontade do indivíduo que haja a relação multiparental, seja em relação à mãe, seja em relação ao pai, cabe ao judiciário analisar os fatos e, caso entenda pela existência de ambas as espécies filiatórias, aplicar sua coexistência.

Com essa decisão, o Supremo reconheceu juridicamente a afetividade e trouxe ao ordenamento brasileiro o instituto da multiparentalidade, configurando um marco histórico para o país. Se há possibilidade de a parentalidade apresentar-se por meio de uma relação de afeto, ele deve ser tutelado pelo ordenamento.

O critério biológico, auferido pelo exame de DNA, deve receber a mesma importância dada ao critério afetivo, “sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.”²⁰⁴

Foi, portanto, fixada a seguinte tese: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.”²⁰⁵

É possível visualizar a abertura dada pelo Supremo, seguindo tendência já explicitada na decisão que reconheceu a união estável entre casais homoafetivos, da visão pluralista da família. Nas palavras de Maria Berenice Dias,²⁰⁶

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%2E+OU+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2zju8d>> Acesso em: 02 de mar. de 2018. p. 04.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%2E+OU+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2zju8d>> Acesso em: 02 de mar. de 2018. p. 19.

²⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 232.

É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.

Em contraponto, não votaram com a maioria os Ministros Edson Fachin e Teori Zavascki, apresentando divergência. Para ambos, não se trata de uma relação de coexistência de paternidades, mas de clara prevalência do vínculo socioafetivo sobre o biológico. Segundo Fachin, “o vínculo biológico pode ser hábil, por si só, a determinar o parentesco jurídico, desde que na falta de uma dimensão relacional que a ele se sobreponha.”²⁰⁷

Após a análise da jurisprudência em questão, percebe-se que os argumentos jurídicos utilizados pelos Ministros do Supremo vão ao encontro do que fora mencionado nos capítulos anteriores do presente trabalho.

Nesse momento, vale citar novamente Pablo Stolze quando diz que a família passou por um processo de funcionalização, onde hoje exerce a função social de realização existencial do indivíduo.²⁰⁸ Esse processo de funcionalização decorre do fato de o Direito de Família ser o ramo do Direito Civil sobre o qual a sociedade exerce maior influência.²⁰⁹

Influenciada pelas modificações as quais passava a sociedade, a Constituição de 1988, conforme Maria Berenice Dias, trouxe valores sociais fundamentais que devem servir de condutor na apreciação das questões familiares.²¹⁰ E foi a partir desses princípios, sobretudo do princípio da dignidade da pessoa humana e da busca da felicidade, que o STF reconheceu a possibilidade de multiparentalidade.

A multiparentalidade visa dar efetividade ao melhor interesse da criança, aliando-o a uma paternidade responsável, sempre tendo em vista a dignidade humana e a busca da felicidade. Vale frisar que a coexistência admitida não é apenas registral, mas capaz de produzir todos os efeitos, individual e conjuntamente, que uma relação de filiação produz.

²⁰⁷ Supremo Tribunal Federal. *Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide* STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>> Acesso em: 13 de mar. 2018.

²⁰⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 66-67.

²⁰⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 75.

²¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 72.

3.2 Jurisprudência Desfavorável ao Reconhecimento da Coexistência entre a Filiação Biológica e Socioafetiva

As jurisprudências desfavoráveis à coexistência entre as filiações biológica e socioafetiva são caracterizadas pela hipótese de prevalência de uma espécie filiatória sobre a outra. Num primeiro momento, será analisada jurisprudência em que o critério socioafetivo é predominante, ao passo que, em segunda análise, a jurisprudência versará sobre a prevalência do critério biológico sobre o afetivo.

3.2.1 STJ - Recurso Especial nº 1.087.163 / Rio de Janeiro – RJ, Relator(a) Ministra Nancy Andrighi, julgado em 31/08/2011.

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. **A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação**, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação.

2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.

3. **A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente.** Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.

4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.

6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (nemo auditur propriam turpitudinem allegans) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido. (grifo nosso)

Trata-se de recurso especial interposto por W.R.J. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro/RJ. A ação, proposta por L.R.M.M., tinha por objetivo a anulação de registro civil de J.B.R.R. em que consta o nome do pai socioafetivo, W.R.J., para inclusão dos dados referentes ao pai biológico.

Em breve síntese, a mãe de J.B.R.R. era casada com W.R.J. e manteve relacionamento paralelo com L.R.M.M., vindo a engravidar deste, na constância do seu casamento. Presumindo ser o pai biológico da criança, pois era casado com a genitora, W.R.J. registrou a criança e construiu com ela laços afetivos de solidez incontestável.

Após o registro, cientificado pela genitora que poderia ser o pai biológico da criança, L.R.M.M. fez um exame de DNA, a partir do qual ficou confirmada a qualidade de genitor da criança. Tempos depois do momento em que soube ser pai de J.B.R.R., L.R.M.M. pleiteou anulação do registro civil da criança a fim de constar como pai biológico e retirar o registro feito por W.R.J.

Em sede de acórdão, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento ao apelo do autor da ação, determinando a retificação do registro civil de J.B.R.R. de modo a constar o nome do genitor como pai. Diante disso, W.R.J. interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, admitido pelo TJ/RJ, cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrichi.

Em seu voto, a relatora discutiu a legitimidade do pai biológico para pleitear anulação de registro civil de nascimento juntamente com o mérito da questão, pois entendeu estar uma questão atrelada à outra. Nesse contexto, a ministra concluiu pela legitimidade ativa do pai biológico, pelo fato de possuir inequívoco interesse jurídico na questão.

No que concerne à paternidade socioafetiva, na ação há provas de que, sem saber que não era pai biológico de J., W. a considerou como filha desde o momento em que soube da sua concepção, até os dias atuais. Mesmo depois de tomar conhecimento de que não era o pai biológico da criança, em nada mudou seu comportamento perante a mesma, não restando dúvidas de que, para ele, nada mudaria na relação de pai e filha construída ao longo da vida de J.

Já no que tange ao vínculo biológico, a ministra revela o peso considerável que a genética apresenta para definição de questões atinentes à filiação, mas leva em consideração outros fatos, cuja relevância também é incontestável.

Conforme abordado no capítulo anterior, o melhor interesse da criança é princípio basilar na resolução de controvérsias familiares que tenham criança e/ou adolescente envolvido. Busca esse princípio a condução da criança e do adolescente a uma maioria responsável e digna, de modo com que o indivíduo possa gozar de

todos os seus direitos fundamentais.²¹¹ A situação de fragilidade e vulnerabilidade apresentada pelos indivíduos até os 18 anos faz com que a eles deva ser conferido, com prioridade absoluta, os direitos elencados no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal.²¹²

Diante disso, fica nítido que o critério biológico, por si só, é incapaz de se sobrepor aos princípios que regem a família como um todo. Como já dito anteriormente, os termos genitor e pai não se confundem: nem sempre o genitor de um indivíduo será seu pai, pois, para que assim seja considerado, deve exercer sobre ele a chamada posse do estado de filho.

Dessa maneira, conjugando o melhor interesse da criança e a distinção entre pai e genitor, a relatora verificou inconsistência entre o pedido do recorrido, L.R.M.M. e sua inércia durante os três anos que se passaram desde o momento em que soube ser pai biológico da criança. O não fazer do recorrido a fez concluir que se L.R.M.M. realmente quisesse exercer a paternidade de J., ele já poderia ter buscado construir uma relação de afeto com a mesma.

Sendo assim, a ministra concluiu pela inegável qualidade de filha que J. apresenta frente a W. e que isso não lhe poderia ser negado para satisfazer o reconhecimento de um vínculo apenas genético. Houve, portanto, prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica.

A qualidade de pai vai além do vínculo genético entre um indivíduo e seu genitor, mas, muito além, é moldada muito mais pelo vínculo afetivo estabelecido entre ambos.

Vale citar novamente Paulo Lôbo, quando diz:²¹³

O princípio do melhor interesse ilumina a investigação das paternidades e filiações socioafetivas. A criança é a protagonista principal, na atualidade. No passado recente, em havendo conflito, a aplicação do direito era mobilizada para os interesses dos pais, sendo a criança mero objeto de decisão. O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva,

²¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 81.

²¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 15 de mar. 2018.

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²¹³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação.

Portanto, tendo em vista o melhor interesse do indivíduo envolvido, conclui-se que o vínculo biológico, por si só, não é suficiente para estabelecer uma relação filiatória. Segundo Paulo Lôbo, o estado de filiação não se confunde com o direito de cada um ao conhecimento de sua origem genética.

Vale citar novamente Rolf Madaleno, quando diz:²¹⁴

A filiação consanguínea deve coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva, externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções inerentes ao poder familiar.

No caso em questão, embora houvesse a existência do vínculo biológico, o Judiciário optou pela prevalência da socioafetiva, por entender, em consonância com a doutrina majoritária, que as figuras de pai e genitor não se confundem. A paternidade/maternidade vai além da transmissão de carga genética, mas é exercida dia a dia.

3.2.2 Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Apelação Cível nº 1. 0686.09.245088-7/001 / Comarca de Teófilo Otôni – MG / Relator Desembargador Dárcio Lopardi Mendes, julgado em 24/01/2013.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - ANULATÓRIA DE REGISTRO CUMULADA COM INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA COMPROBATÓRIO - PATERNIDADE BIOLÓGICA X PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.

O reconhecimento dos filhos, por meio de registro público, é irrevogável, no entanto, tal fato não implica na vedação de questionamentos em torno da filiação, desde que haja elementos suficientes para buscar a desconstituição do reconhecimento anteriormente formulado.

O exame de DNA, por ter como resultado um erro essencial sobre o estado da pessoa, é capaz de desconstituir o registro de nascimento, pois, derruba, por completo, a verdade jurídica nele estabelecida.

Na hipótese de conflito entre a paternidade biológica e a socioafetiva, deve -se priorizar aquela em detrimento desta, se, pelo conjunto probatório, o julgador verificar que a paternidade socioafetiva é frágil e que a criança deseja que o pai biológico a reconheça, em atenção ao princípio do melhor interesse do menor. (grifo nosso)

²¹⁴ MADALENO, Rolf. *Manual de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 160.

O caso trata de ação proposta por K.B.C., menor de idade, representado (a) por sua mãe, em desfavor de P.P.D. de S. e E.C., em que a autora pleiteava a declaração de nulidade do seu assento de nascimento, em que consta o nome do pai socioafetivo, E.C., a fim de incluir no lugar o nome do pai biológico, que é P.P.D. de S.

O juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Teófilo Otoni/MG proferiu a sentença, julgando procedentes os pedidos. Da sentença, P.P.D. de S. apelou, alegando que na verdade a autora da ação buscava apenas benefícios financeiros, pois queria o reconhecimento da paternidade biológica, em detrimento da socioafetiva até então existente, para que o pai pagasse seus estudos.

Consta nos autos que E.C. procedeu ao registro de K.B.C. como seu/sua filho(a) em razão de presunção advinda do fato de estar vivendo com a genitora da menor, à época do nascimento. Sabe-se que, segundo o Código Civil, nesses casos há presunção de paternidade, nos termos do artigo 1.597, sendo o “erro no registro” escusável.²¹⁵

Com a realização do exame de DNA, em respeito ao princípio da busca pela identidade genética, restou comprovado que a paternidade biológica de K.B.C. realmente pertence à P.P.D. de S. Por se tratar de exame de eficácia próxima de 100%, ele possui força para desconstituir estado de filiação anterior fundado em erro ou falsidade.

Desse modo, como a paternidade registral tem caráter socioafetivo, o juízo procedeu a análise do vínculo afetivo existente entre as partes. Pelo fato de a convivência com o pai registral ter se esfriado há anos, em decorrência do término do relacionamento da genitora da autora com E.C., ficou constatada ausência dos requisitos caracterizadores da paternidade socioafetiva.

Assim sendo, o pedido de anulação do registro de nascimento efetuado foi julgado procedente, de modo que no suposto conflito entre a filiação biológica e a socioafetiva, aquela se sobrepôs no caso concreto.

Em ambos os casos de jurisprudência desfavorável à hipótese de coexistência entre a filiação biológica e socioafetiva em questão, o julgador decidiu

²¹⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 16 de mar. 2018.

Artigo 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, se desdobrou no princípio do melhor interesse da criança.

Portanto, essas decisões vão ao encontro do que diz a doutrina. Já dizia Paulo Lôbo “o juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação.”²¹⁶

É possível visualizar, portanto, que não há uma regra preestabelecida de prevalência. Cabe ao aplicador do direito, à luz do caso concreto, analisar qual espécie filiatória é prevalente e se realmente há que se falar em prevalência em vez de coexistência.

²¹⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

CONCLUSÃO

O tema da presente pesquisa foi a análise do parentesco civil socioafetivo e a possibilidade de sua coexistência com o parentesco de origem biológica. Tratou-se de um tema objeto de grandes discussões, mesmo após a fixação da tese que concluiu pela sua possibilidade.

O Direito de Família é um dos ramos do Direito capaz de sofrer maior influência direta da sociedade, pois a família é, indubitavelmente, formada por relações construídas em âmbito social. A evolução do contexto familiar implementou modificações nas relações até então construídas, vindo a colocar o indivíduo como elemento central e a valorar de forma diferenciada seus aspectos.

Nesse contexto, objetivou-se demonstrar a importância que o afeto veio tomando nos vínculos estabelecidos entre os indivíduos, de forma a chegar ao momento em que ele, por si só, é elemento capaz de configurar relação de parentesco, sobretudo a de filiação.

Para que fosse possível responder ao problema proposto, a pesquisa cuidou da análise da filiação à luz do Direito de Família Contemporâneo, a fim de caracterizar as novas concepções do agrupamento familiar e seus valores norteadores.

Verificou-se que os vínculos familiares atualmente estabelecidos requerem interpretação ampliada e que o afeto é elemento indispensável à sua caracterização. Pela análise feita dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e demais legislações infraconstitucionais, como o Código Civil, concluiu-se pela possibilidade de estabelecimento de parentesco com base na afetividade.

A partir desse momento, surgiu então aparente conflito entre o vínculo biológico e o socioafetivo, na esfera de aplicação individual, cuja solução requereu análise baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da afetividade, do melhor interesse da criança e da proteção integral, entre outros.

O contexto social não é estático e a cada dia surgem novas situações, as quais não são acompanhadas simultaneamente pelo legislador. Consequentemente, o Poder Judiciário ganha relevância no reconhecimento e na efetivação de direitos e situações jurídicas, como ocorreu com a multiparentalidade.

A análise jurisprudencial feita relevou mudança na interpretação dada ao tema pelo próprio Judiciário. Evoluiu-se da impossibilidade de relações multiparentais

à possibilidade e, nesse ínterim, houve época em que se concluía pela clara prevalência de uma espécie de vínculo sobre a outra.

Diante da relevância do tema, o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral, concluindo pela possibilidade da multiparentalidade quando as situações do caso concreto indicarem. No entanto, a abertura à possibilidade é apenas um passo dado em direção à consolidação do novo instituto, que será feita a partir da análise de seus efeitos na própria sociedade.

Conclui-se, portanto, pela validade da hipótese eleita ao problema proposto, conforme argumentos doutrinários, legais e jurisprudenciais expostos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Reconhecimento de filiação. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 523- 545. São Paulo: Atlas, 2010.

ANGELUCI, Cleber Affonso. *Valor jurídico do afeto nas relações do direito de família: construindo o saber jurídico*. 2006. Tese (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário Eurípedes de Marília, São Paulo, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 16 de nov. 2017.

BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 13 de out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973*. Lei de Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm> Acesso em: 16 de nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 16 de nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 132*. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de mai. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 05 de mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 898.060*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%2E+OU+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2zju8d>> Acesso em: 02 de mar. de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral. Respe 5410103. Pl. Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Brasília, 15 de fev. 2011. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18814555/recurso-especial-eleitoral-respe-5410103-pi/inteiro-teor-104143239?ref=juris-tabs>> Acesso em: 16 de nov. de 2017.

CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. 2011. Tese (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

CYSNE, Renata Nepomuceno. *Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. v-6.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre, n. 05, Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, ago-set.2008.

MADALENO, Rolf. Das relações de parentesco. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 447-464. São Paulo: Atlas, 2010.

MADALENO, Rolf. *Manual de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MANERICK, Rosa Maria dos Santos. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no Direito de Família. *Revista eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 01 de out. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil: família*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERI, Renata Viana. Da posse do estado de filho: fundamento para a filiação socioafetiva. *Conteúdo Jurídico*. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-posse-do-estado-de-filho-fundamento-para-a-filiacao-socioafetiva,48437.html>> Acesso em: 13 de out. 2017.

NICODEMOS, Érika Cassandra de. Direito de família contemporâneo: conceito de família e nova filiação. *Conteúdo Jurídico*. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-de-familia-contemporaneo-conceito-de-familia-e-nova-filiacao,46727.html#_ednref4> Acesso em 01 de out. 2017.

ONU. Declaração. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em 06 de ago. 2017.

ORTEGA, Flávia Teixeira. *O que consiste o princípio da busca da felicidade?* Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/383860617/o-que-consiste-o-principio-da-busca-da-felicidade>> Acesso em: 05 de mar. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: família*. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v-5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERIPOLLI, Suzane Catarina. O princípio do melhor interesse da criança como fundamento para o reconhecimento da paternidade socioafetiva. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14366&revista_caderno=14>. Acesso em 22 de out. 2017.

REALE, Miguel. *A Constituição e o Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>> Acesso em 04 de out. 2017.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: *Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, v. I, 2000.

SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em*

homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. p.570-582. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O casamento: o direito de família, à luz da dignidade humana. In: *O novo código civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003.

SOUZA, Paula Feijó Pereira de. *A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares*. Artigo (Trabalho de Conclusão de Curso). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <
http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/p_aula_souza.pdf> Acesso em: 30 de set. 2017.

Supremo Tribunal Federal. *Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF*. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>> Acesso em: 13 de mar. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v-5.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. *Revista Consulex*, Brasília. n. 378. p. 28-29. out. 2012. Disponível em:
 <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>> Acesso em 29 de ago. 2017.

TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 35-51. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. p. 415-435. São Paulo: Atlas, 2010.

TÔRRES, Mayrelaine Teixeira. *Filiação socioafetiva: possibilidade de reconhecimento do direito aos alimentos na doutrina e nos Tribunais brasileiros*. 2013. 75 fls. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013.

UNICEF. Convenção Universal dos Direitos da Criança e Adolescente. 1989. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm> Acesso em: 20 de out. 2017.

VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. Minas Gerais, n. 21. p. 400-418, 1979.

WELTER, Belmiro Pedri. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.